

**Spezialisierungskartelle nach §§ 5a, 5b GWB
im Vergleich mit Spezialisierungskooperationen in der EWG**

**Eine Gegenüberstellung der Praxis
der deutschen und europäischen Kartellbehörden**

Lothar Bruckmeier
—

1978
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552316_0061

Spezialisierungskartelle nach §§ 5a, 5b GWB im
Vergleich mit Spezialisierungskooperationen in
der EWG

Eine Gegenüberstellung der Praxis der deutschen
und europäischen Kartellbehörden

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Lothar Bruckmeier

1978

Referent: Professor Dr. Steindorff
Korreferent: Professor Dr. Fikentscher
Tag der mündlichen Prüfung:
13. Dezember 1978



Gliederung

I. Einführung

II. Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen

1) Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen in der BRD

a) Die Regel-Ausnahme-Systematik im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

b) Die Spezialisierungstatbestände im einzelnen

b1) § 5a GWB

b2) Die Abgrenzung des § 5a GWB von § 5 GWB

b3) Die Abgrenzung des § 5a GWB von § 5b GWB

2) Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen in der EWG im Vergleich mit dem GWB

a) Vergleich der deutschen und europäischen Rechtsgrundlagen

b) Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen in der EWG

c) Geltungsbereich des Art. 85 EWGV

d) Das Verfahren zur Anmeldung von Spezialisierungskooperationen in der EWG

e) Verhältnis des deutschen Kartellrechts zum EWG-Kartellrecht

- f) Vergleich der Gesetzessystematik für Spezialisierungskartelle im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht

III. Der Begriff der Spezialisierungskartelle

- 1) Kartellfreie Kooperation im deutschen Wettbewerbsrecht
- 2a) Kartellfreie Kooperationsformen im europäischen Wettbewerbsrecht
- 2b) Vergleich mit der Praxis der deutschen Kartellbehörden
- 3) Wettbewerbsbeschränkende Formen der Spezialisierung
 - a) Der Begriff der Spezialisierung
 - a1) Spezialisierung in der Produktion
 - a2) Spezialisierung bei der Erbringung gewerblicher Leistungen
 - b) Formen der Spezialisierung im Rahmen des § 5a GWB
 - b1) Der Umfang der Spezialisierung
 - b2) Spezialisierung durch Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs
 - b3) Spezialisierung durch Kooperation im Bereich der Forschung und Entwicklung

- b4) Spezialisierung durch Verankerung einer bestehenden Produktionsaufteilung
- b5) Die Beteiligten einer Spezialisierungskooperation
- b6) Spezialisierung auf verschiedenen Produktionsstufen
- b7) Spezialisierung bei der Herstellung eines gemeinsamen Erzeugnisses
- b8) Blankettspezialisierungen
- b9) Stufenspezialisierungen
- c) Branchenspezifische Kooperationsformen und Dauerwirkung der Spezialisierung
 - c1) Die Mindestmengenspezialisierung
 - c2) Auftragslenkung und Dauerwirkung der Spezialisierung
- d) Komplexe Spezialisierungskooperationen
- e) Entwicklung und Anmeldung von Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB
- f) Formen der Spezialisierung im Rahmen des § 5b GWB
- g) Spezialisierungsformen in der EWG
 - g1) Die Gruppenfreistellungsverordnung und die VO Nr. 1821/71

g2) Spezialisierungsformen in den Entscheidungen der Kommission

g2.1) Teil- und Vollspezialisierung in der Produktion

g2.2) Produktionsaufteilung mit Kollegenlieferung

g2.3) Spezialisierung durch Verankerung der bestehenden Unternehmensstruktur

g2.4) Spezialisierung in Forschung und Entwicklung

g2.5) Spezialisierung durch Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs

g2.6) Hinweis auf Spezialisierungskooperationen in der Montanunion

IV. Die Praxis der Genehmigung von Spezialisierungskartellen nach §§ 5a, 5b GWB

1) Die Auslegung des § 5a GWB in der Praxis der deutschen Kartellbehörden

a) Spezialisierungskartelle vor dem Inkrafttreten des § 5a GWB

b) Zur Entwicklungsgeschichte des § 5a GWB

c) Einfache Spezialisierungskartelle nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB

- d) Untersuchung der Spruchpraxis des Bundeskartellamtes zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 5a GWB

d1) Rationalisierung durch Spezialisierung

d1.1) Begründung des Bundeskartellamtes zur rationalisierenden Wirkung der Spezialisierung

d1.2) Rationalisierende Wirkung bei Mindestmengenspezialisierungen

d1.3) Hinweis des Bundeskartellamtes auf fehlende rationalisierende Wirkung der Spezialisierung

d2) Erhaltung wesentlichen Wettbewerbs

d2.1) Keine Freistellung für marktbeherrschende Unternehmen

d2.2) Der Begriff des relevanten Marktes

d2.2.1) Der räumlich relevante Markt

d2.2.2) Der zeitlich relevante Markt

d2.2.3) Der sachlich relevante Markt

d2.3) Entscheidungen des Bundeskartellamtes zum Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs

d2.3.1) Fälle, in denen ein Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs verneint wurde

- d2.3.2) Fälle, in denen der Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs bejaht wurde
- d2.3.3) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes
- e) Spezialisierungskartelle mit Zusatzabreden nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB
 - e1) Formen der Zusatzabreden
 - e2) Erforderlichkeit der wettbewerbsbeschränkenden Zusatzvereinbarungen
 - e3) Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 bei § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB
 - e4) Typische Formen der Zusatzabreden
 - e4.1) Kollegenlieferungen
 - e4.2) Gemeinsamer Vertrieb
 - e4.2.1) Die rechtliche Qualifizierung der Syndikate
 - e4.2.2) Die Prüfung der Erforderlichkeit der Syndikate
 - e4.2.2.1) Der Vertrieb nicht spezialisierter Produkte über die gemeinsame Vertriebseinrichtung

- e4.2.2.2) Rationalisierungssyndikate mit Preisabreden
- e4.2.2.3) Vertriebsyndikate zur Vermeidung von Nachfrageschwankungen
- e4.2.2.4) Vertriebsyndikate mit Andienungspflicht
- e4.2.2.5) Gemeinsamer Vertrieb über gemeinsame Vertreter
- e4.2.3) Die Rechtsformen der Syndikate
- e4.2.4) Gebietsschutzklauseln
- e4.3) Gemeinsamer Einkauf
- e4.4) Spezialisierungskooperationen nach §§ 5a Abs. 1 Satz 2 und Vereinbarungen über technische Zusammenarbeit
- e4.5) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu den typischen Kooperationsformen
- e5) Sonstige Formen der Unternehmenskooperation nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB
- f) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden zu § 5a GWB
- 2) Die Auslegung des § 5b GWB nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes
 - a) Die gesetzgeberische Zielsetzung des § 5b GWB

- b) Die vom Kartellrecht der EWG abweichende Rechtssystematik
- c) Der Anwendungsbereich des § 5b GWB
- d) Die an Kooperationen nach § 5b GWB beteiligten Branchen
- e) Die an den Unternehmenskooperationen beteiligten Unternehmen
- f) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs
- g) Kooperationsformen nach § 5b GWB
 - g1) Leistungsspezialisierung
 - g2) Kooperation im Vertrieb
 - g3) Spezialisierung bei der Neuentwicklung von Produkten
 - g4) Spezialisierung in der Produktion mit oder ohne Vertriebsabrede
- h) Ergebnis der Spruchpraxis der deutschen Kartellbehörden insbesondere des Bundeskartellamtes zu § 5b GWB

V. Die Praxis der Genehmigung von Spezialisierungskartellen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV

- 1) Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV oder Befreiung vom Kartellverbot nach der Gruppenfreistellungsverordnung

- 2) Die Entscheidungen der Kommission vor Erlass der Gruppenfreistellungsverordnung
 - a) Die Tatbestandsmerkmale "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen Fortschritts"
 - a1) Der Fall Machines - Outils
 - a2) Der Fall ACEC - Berliet
 - a3) Der Fall Clima Chappée/Buderus
 - a4) Der Fall Jaz/Peter
 - a5) FN - CF
 - a6) Sapelem - Langen
 - a7) MAN - SAVIEM
 - a8) Der Fall Feinpapier
 - a9) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis der Kommission zu den Tatbestandsmerkmalen "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" und Vergleich mit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden
 - b) Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn
 - b1) Die Entscheidungspraxis der Kommission zur Verbraucherbeteiligung
 - b2) Die Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden zur Verbraucherbeteiligung
 - c) Das Tatbestandsmerkmal der "Unerläßlichkeit"
 - c1) Die Entscheidungspraxis der Kommission zur "Unerläßlichkeit"

- c2) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis der Kommission zum Begriff der "Unerläßlichkeit" und Vergleich mit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden
- d) Das Tatbestandsmerkmal "Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren" in der Entscheidungspraxis der Kommission
 - d1) Der sachlich und örtlich relevante Markt
 - d2) Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs
 - d3) Einzelfälle aus der Entscheidungspraxis der Kommission
 - d4) Die Entscheidungspraxis der Kommission zur Frage der Wettbewerbsbeschränkung im Vergleich mit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden
- 3) Die Gruppenfreistellungsverordnung
 - a) Gruppenfreistellungsverordnung und Mittelstandsförderung
 - b) Freistellung für kleine und mittlere Unternehmen nach der Gruppenfreistellungsverordnung
 - b1) Die Bestimmung des Begriffs "kleine und mittlere Unternehmen" in der Gruppenfreistellungsverordnung
 - b2) Vergleich mit der Auslegung des Begriffs "kleine und mittlere Unternehmen" im deutschen Kartellrecht

- c) Freistellung nur für bestimmte Formen der Spezialisierung
 - c1) Beschränkung der Gruppenfreistellungsverordnung auf bestimmte Kooperationsformen
 - c2) Vergleich mit der deutschen Rechtslage
 - d) Zusatzvereinbarungen zur Spezialisierung
 - d1) Die nach der Gruppenfreistellungsverordnung zugelassenen Zusatzvereinbarungen
 - d2) Vergleich mit den §§ 5a, 5b GWB
 - e) Aufhebung der Gruppenfreistellungsverordnung im Einzelfall
- 4) Einzelfreistellungen nach Erlaß der Gruppenfreistellungsverordnung
- a) Die Tatbestandsmerkmale "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen Fortschritts"
 - a1) Der Fall KEWA
 - a2) Der Fall Bayer/Gist-Brocades
 - a3) Der Fall Rank/Sopelem
 - a4) Marine Paint Association
 - a5) Prym - Beka
 - b) Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn
 - c) Das Tatbestandsmerkmal der "Unerläßlichkeit"

- c1) Die Beurteilung der "Unerläßlichkeit" bei Spezialisierungskooperationen im allgemeinen
- c2) Die Beurteilung der "Unerläßlichkeit" bei Spezialisierungskooperationen mit Alleinvertriebsvereinbarungen
- d) Das Tatbestandsmerkmal "Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren"
 - d1) Der sachlich und örtlich relevante Markt
 - d2) Einzelfälle aus der Entscheidungspraxis der Kommission
- 5) Einzelfragen, die alle untersuchten Freistellungserklärungen betreffen
 - a) Abwägung der positiven Wirkungen des Spezialisierungskartells mit den Wettbewerbsbeschränkungen
 - b) Erteilung der Freistellungserklärung unter Auflagen und Festsetzung einer Geltungsdauer der Spezialisierungsabrede
 - c) Verzicht der Kartellpartner auf die Einlegung von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der Kommission

VI. Zusammenfassung

Literaturverzeichnis

- BALDI Marino Die Freistellung vom EWG - Kartellrecht, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 12, Bern 1972
- BAUMBACH, HEFERMEHL Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, München 1960
- BENISCH Werner Kooperationsfibel, Bundesrepublik und EWG, 4. Auflage, Bergisch-Gladbach 1973
Zit.: Kooperationsfibel
- derselbe Die Spezialisierungskooperation in Kartellrecht und Praxis, DB 1967, S. 2059 ff.
Zit.: Spezialisierungskooperation
- derselbe Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, DB 1965, S. 1035
Zit.: Kartellrecht
- Bulletin der EG
- COZZIN, u.a. Die Zusammenarbeit zwischen Gemeinschaftsrechtsordnung und den nationalen Rechtsordnungen auf dem Gebiet des Wettbewerbs, KSE, Bd. 13, Gemeinschaftsrecht und nationale Rechte, 1971 II
Zit.: Zusammenarbeit
- DERINGER Arved EWG - Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW 1963, S. 1 ff.

- DERINGER Arved Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, Heft 1
Zit.: Rationalisierungskartelle
- derselbe Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des Gemeinsamen Marktes, NJW 1966, S. 1585 ff
Zit.: Alleinvertriebsverträge
- derselbe GWB, Gemeinschaftskommentar, Kommentierung zu §§ 5, 5a, 5b GWB, Herausgeber: Hans Müller-Henneberg, Gustav Schwartz u.a.
Zit.: Gemeinschaftskommentar
- DITFURTH v. Möglichkeiten, Voraussetzungen und Grenzen bei Vereinbarungen zum Zweck der Rationalisierung unter der Geltung des GWB, DB 1965, S. 207 ff, S. 244 ff.
Zit.: Rationalisierung
- DÖRINKEL Wolfram Die Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1965, S. 813
Zit.: Novelle
- derselbe Die neuen Bestimmungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1965, S. 2321
Zit.: Bestimmungen
- EBEL Hans-Rudolf Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, NJW 1973, S. 1577 f.

- ECKSTEIN Wolfram Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, Köln ect. 1966
- FIKENTSCHER Wolfgang Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen im Lichte der Art. 85, 86 EWGV in Europees Kartellrecht, (1967, 1968) S. 190 ff.
Zit.: Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen
- derselbe Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, S. 684
Zit.: Nachfragemacht
- derselbe Die Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Beschlüsse nach Art. 85 Abs. 2 EWGV, 1966
- derselbe Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für Franz Böhm, S. 261 - 278
- FORSTHOFF Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
- GLEISS - HIRSCH EWG - Kartellrecht, 2. Auflage
- dieselben Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Eine Übersicht, AWD 1962, S. 121

- GREIFFENHAGEN G. Die Kartellgenehmigung im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1966
Zit.: Kartellgenehmigung
- GROEBEN von der, Hans Das Kartellrecht der EWG im Licht zweieinhalbjähriger Erfahrung, Kartelle und Monopole im modernen Recht
- ~~von der~~ GROEBEN, v. BOECKH, THIESING Kommentar zum EWG - Vertrag, 2. Auflage, Baden-Baden 1974
- GÜNTHER Eberhard Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1957 S. 281
Zit.: Regelung des Wettbewerbs
- GUTZLER Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1965, S. 917 f
Zit.: Änderung
- derselbe Die Praxis des Bundeskartellamtes zum Spezialisierungskartell, BB 1969, S. 1066 ff.
Zit.: Praxis des Bundeskartellamtes
- HADDING Die zivilrechtliche Wirksamkeit angemeldeter Vereinbarungen oder Beschlüsse im Sinne des Art. 85 EWGV, WuW 1965, S. 871

- HOPPMANN Erich Die sogenannten Bagatellkartelle der
"neuen Wettbewerbspolitik", DB 1970,
S. 93 ff.
Zit.: Bagatellkartelle
- HUBER - HEFERMEHL - Kooperative Marktinformation,
SEIDENFUS Köln etc. 1967
- HUBER Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1
und 2, 2. Auflage, 1953
- FIRSCHSTEIN Friedr. Die Beurteilung von Alleinvertriebs-
verträgen nach EWG Kartellrecht
WuW 1966, S. 789
- derselbe Die ersten kartellrechtlichen Ent-
scheidungen der EWG-Kommission,
WRP 1965, S. 77
- KOCH Das Verhältnis der Kartellvorschrif-
ten des EWG-Vertrages zum Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
BB1959, S. 241
- Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums
- Kooperationsfibel der Landeskartellbehörde Bayern
- KRONSTEIN Das Recht der internationalen Kar-
telle, 1967, S. 32
- LANGEN/ fortgeführt Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Auf-
NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT lage, Neuwied, Darmstadt (1977)

- LANGEN Eugen Eilverfahren für die Erlaubnis von
Spezialisierungsverträgen, DB 1963,
S. 1174 ff.
Zit.: Eilverfahren
- MESTMÄCKER Ernst J. Europäisches Wettbewerbsrecht,
München 1974
- MÜLLER/GRIES/
GIESSLER Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen, Kommentar, 2. Auflage, Lorch
1974
Zit.: GWB
- NASS Über das Verhältnis zwischen euro-
päischem und deutschem Kartellrecht,
Schriftenreihe zur Europäischen In-
tegration, Bd. 6, Fragen des euro-
päischen Kartellrechts, 1970
- Presseinformation des Bundeskartellamtes
- RANDEIZHOFER Das Recht der Europäischen Gemein-
schaft und das nationale Recht,
ZHR 135, (1971) S. 237
- REHBINDER/ECFARD Zum Verhältnis zwischen EWG-Kartell-
recht und nationalem Kartellrecht,
Jur A, Wirtschaftsrecht II (1970)
S. 7
- REIMER Eduard Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
4. Auflage, Köln ect. 1966
- RINCK Gerd Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Köln
ect. 1977

- RÜHLE von LILIENSTERN/
HERMANN/NEUMANN Praktische Beispiele zwischenbetrieblicher Kooperation, Stuttgart-Degerloch 1964
- SANDROCK Kritische Bemerkungen zum Entwurf für die zweite Kartellgesetz-Novelle, WuW 1969, S. 205
Zit.: Kartellgesetznovelle
- SCHUMACHER Detlev Normenkonflikte zwischen deutschem und Gemeinschaftsrecht, DB 1970, S. 1010
- SÖLTER A. Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, WuW 1966, S. 223
- derselbe Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWGV, WuW 1961, S. 665 ff.
Zit.: Ausnahmenvorschrift
- SPENGLER Albrecht Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG - Vertrag, WuW 1961, S. 513
- SPORMANN Förderung europäischer Spezialisierungskartelle, WuW 3/1973, S. 165
- STAHL Klaus Grenzen kartellfreier Kooperation, FIW-Schriftenreihe, Heft 73
- derselbe Kooperationsförderung und Kartellgesetznovelle, WuW 1978, S. 6 ff.
- STEINDORFF Ernst Zur Novellierung des Kartellrechts BB 1970, S. 824

- STEINDORFF Ernst Zur Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden im europäischen Gemeinschaftsrecht, in Festschrift für Carl Ophüls
- derselbe Die Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag und Art. 65 § 1 Montan-Vertrag in Europees Kartellrecht (1967-1968) S. 277 ff.
Zit.: Wettbewerbsbeschränkung
- derselbe Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, Kartelle und Monopole im Modernen Recht 1961, S. 157 - 190
Zit.: Wettbewerbsrecht
- derselbe Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Ausgewählte Probleme 1964, Baden-Baden 1964
- derselbe Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in der EWG - Wirksamkeit und Rechtsstaatlichkeit, Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt, 1963
- derselbe Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 124, 1962, S. 182

- STORBE Alfred Gesamtwirtschaftliche Theorie, Heidelberg Taschenbücher, Band 158, Berlin etc. 1975
- Süddeutsche Zeitung
- Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes
- ULMER Peter Urteilsanmerkung zur Entscheidung des BGH v. 14.10.1976, NJW 1977, S. 804
- Wettbewerbsberichte der Kommission
- WINKEL Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht, Diss. Mainz, 1968
- WOLL Artur Allgemeine Volkswirtschaftslehre 5. Auflage, München 1976

a.A.	am Anfang
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater
Banz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGBI I	Bundesgesetzblatt, Teil 1
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT Drucks.	Durchsachen des Deutschen Bundestages
Bull. EG	Bulletin der EG
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
EG	Europäische Gemeinschaften
ect.	ecetera
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGH-Slg.	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.3.1957
f.	folgende
ff.	fortfolgende

FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Fn.	Fußnote
GH	Gerichtshof
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 4.4.1974
i.d.	in der
Jur A	Juristische Analysen
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
MUV	Montanunionvertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.a.	oben angeführt(eñ)
Rn.	Randnummer
RS	Rechtssache
Rspr. ,	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
sog.	sogenannt(en)
u.	und
u.a.	und andere
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
Zit.:	zitiert
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

I. Einführung

Die Unternehmenskooperation hat seit Beginn der 60er Jahre an Bedeutung gewonnen; das gilt sowohl für kartellfreie als auch für wettbewerbsbeschränkende Kooperationen.¹⁾ Unter einer Unternehmenskooperation ist die Zusammenarbeit rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibender Unternehmen innerhalb oder außerhalb des Bereiches ihrer Unternehmensfunktionen zu verstehen.²⁾

Für eine Reihe von Unternehmen, insbesondere im Bereich der mittelständischen Wirtschaft, dient sie der Errettung aus einer wirtschaftlichen Zwangslage.³⁾ Unternehmenskooperationen, insbesondere durch Spezialisierung werden daher sowohl in der EWG als auch in der BRD gefördert. Die Herausgabe der Kooperationsfibel durch den Bundesminister für Wirtschaft erstmals im Jahre 1963, die Kooperationserleichterungen der Kartellgesetznovelle vom 15.9.1965 und vom 3.8.1973 sowie die Neuauflage der Kooperationsfibel vom März 1976 markieren diese Entwicklung der Wettbewerbspolitik.⁴⁾

-
- 1) s. Fikentscher, Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen, Europees Kartellrecht, (1967-1968), S. 190 ff. wo darauf hingewiesen wird, daß Kooperation und zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zu einem Schlagwort wettbewerbspolitischer Diskussion geworden sei; s.a. Sölter, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, (WuW 1966), S. 223
 - 2) Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, (1974), S. 282
 - 3) s. Huber, in: Huber-Hefermehl-Seidenfus, Kooperative Marktinformation, (1967), S. 49 ff.; wo ein Grundrecht auf freie unternehmerische Kooperation angenommen wird; s. a. Süddeutsche Zeitung 18/19, (1978) "Immer mehr Kleine verschwinden"
 - 4) s. Stahl, Kooperationsförderung und Kartellgesetznovelle, (WuW 1978), S. 6; s. a. für den Bereich der EWG ABLEG 29.7.1968 C 75

Bei den kartellrechtlich relevanten Verträgen haben sich eine Reihe von Standardtypen entwickelt, eine davon ist die Kooperation durch Spezialisierung. Sowohl im deutschen wie im europäischen Kartellrecht gehören Spezialisierungsvereinbarungen zu den wichtigen Typen erlaubnisfähiger Kartelle. Deutsche und europäische Kartellbehörden haben sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit Spezialisierungskartellen befaßt, sodaß sich in diesem Bereich eine Entscheidungspraxis gebildet hat.

In der vorliegenden Untersuchung werden die Entscheidungen der deutschen mit denen der europäischen Kartellbehörden verglichen, soweit sie Mittelstandsspezialisierungen betreffen. Dazu ist zunächst ein Vergleich der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht erforderlich; der Begriff des Spezialisierungskartells wird erklärt. Danach werden die Entscheidungen zu §§ 5a, 5b GWB im einzelnen erörtert. Schließlich erfolgen die Beschreibung der Entscheidungspraxis der Kommission und danach ein Vergleich mit den deutschen Entscheidungen.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Darstellung der Entscheidungspraxis der deutschen und europäischen Kartellbehörden. Im Schrifttum ist an diesen Entscheidungen bislang noch kaum Kritik geübt worden; soweit Äußerungen aus dem Schrifttum vorliegen, werden sie erörtert. Eine abschließende eigene Kritik an der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden erscheint noch verfrüht.

Im Verlauf der Untersuchung wird sich zeigen, daß die Fälle der isolierten Spezialisierung durch Arbeitsteilung im Verhältnis zur Gesamtzahl der Spezialisierungskooperationen selten sind. In der EWG und im Bereich des deutschen Kartellrechts sind kooperative Spezialisierungen die Regel. Vereinbarungen über Arbeitsteilungen werden häufig durch Abreden über den Austausch technischen Wissens, über gemeinsame For-

schung und Entwicklung, über gemeinsame Vertriebssysteme und gemeinschaftliche Investitionen ergänzt.

Spezialisierungskartelle sind besonders geeignet, die Wirtschaftskraft kleiner und mittlerer Unternehmen zu stärken, ohne den Wettbewerb unangemessen zu beschränken. Neuere empirische Untersuchungen deuten darauf hin, daß es kleineren und mittleren Unternehmen in zunehmendem Maße gelingt, sich durch eine gezielte Spezialisierung gegenüber großen Unternehmen erfolgreich zu behaupten und damit die dieser Unternehmensstruktur immanenten Wettbewerbsnachteile auszugleichen.⁵⁾ Die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen hängt wesentlich davon ab, daß der Abstand in den Los- und Seriengrößen gegenüber den Großunternehmen nicht zu groß wird oder durch technologisch überlegene Alternativen ausgeglichen wird. Spezialisierungskartelle erlauben eine Vergrößerung der Losgrößen durch Arbeitsteilung und führen damit zu einer Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit. Die Häufigkeit der Verbindung von Spezialisierungskartellen mit Forschungs- und Entwicklungsabreden erklärt sich daraus, daß zumeist nur auf diese Weise kleinere Unternehmen mit dem technischen Fortschritt mithalten können.

Häufig geht die Kooperation so weit, daß sie zu einer Fusion der beteiligten Unternehmen führt. Wegen des tiefen Eingriffs der Spezialisierung in die Unternehmensstruktur kann die Grenze zwischen Kartell und Unternehmenszusammenschluß

5) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 12; s.a. Untersuchung der Industrie- und Handelskammer zu Koblenz vom Februar 1977, über kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerb und über Chancen durch verstärkte Individualisierung und Spezialisierung;

fließend sein; das gilt besonders für Spezialisierungskartelle nach § 5b GWB.⁶⁾

Die Frage der Nützlichkeit von Unternehmenskooperationen ist aber nicht unumstritten. So war insbesondere die gesetzliche Förderung von Kooperationen teilweise scharfer Kritik ausgesetzt.⁷⁾ Die bisherigen Erwägungen im Bundeswirtschaftsministerium zur 4. Kartellgesetznovelle führten zu dem Ergebnis, daß nach den vorliegenden Erfahrungen mit den Kooperationserleichterungen von 1973 jedenfalls keine zwingenden Gründe für erneute gesetzliche Verbesserungen der Kooperationsmöglichkeiten bestehen. Die Anfang November 1977 vom Bundeswirtschaftsministerium veröffentlichten ersten Formulierungsentwürfe für die 4. Kartellgesetznovelle enthalten daher auch keine Vorschriften des Kartellverbotes (§ 1 GWB) und seinen Ausnahmen (§§ 2 - 8 GWB).⁸⁾

II. Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen

1) Die Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen in der BRD

6) Für den Bereich des europäischen Kartellrechts s. Mestmäcker: Europäisches Wettbewerbsrecht, (1974), S. 340: s. dazu auch Fikentscher, Fn. 1, wo festgestellt wird, daß die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens im Gegensatz zu Fusion und Konzernierung begrifflich als besondere Ausgestaltungsmöglichkeit einer Kooperation anzusehen ist; wegen der verstärkt zu beobachtenden Tendenz von Unternehmenskooperationen in Fusionen überzugehen, hat sich der Warnruf erhoben: "le cartel est mort, vive la cooperation" (s. dazu Sölter, Fn. 1)

7) s. Stahl, Kooperationsförderung und Kartellgesetznovelle, (WuW 1978), S. 6

8) s. Fn. 7

a) Die Regel - Ausnahme - Beziehung im Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Kartellvereinbarungen ist für den Rechtsbereich der Bundesrepublik Deutschland im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt.⁹⁾

Das GWB enthält eine abgeleitete Regelung über die Zulassung von Spezialisierungskartellen. Als Rechtsgrundlagen kommen die §§ 5 Abs. 2 und 3, 5a und 5b GWB in Betracht.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich nur mit Spezialisierungskartellen nach §§ 5a, 5b GWB, den sog. "Mittelstandskartellen", und vergleicht diese Kooperationen mit Spezialisierungsverträgen in der EWG. Spezialisierungskartelle nach § 5 Abs. 2, 3 GWB werden in der Untersuchung nicht behandelt.¹⁰⁾

Das deutsche Kartellrecht geht vom "Verbotsprinzip" aus. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB sind Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

9) In der Fassung vom 4.4.1974, BGBl I S. 869

10) § 5 GWB hat im Bereich der Spezialisierungskooperationen durch die Einführung der §§ 5a, 5b GWB wesentlich an Bedeutung verloren. Genehmigungen von Spezialisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB werden aber noch wie vor erteilt; s. z.B. Presseinformation des Bundeskartellamtes vom 28.11.1977, Nr. 52/77 über die Kooperation von Energieversorgungsunternehmen auf dem Gebiet der Fernenergie; WuW/E Bundeskartellamt 689, s.a. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 55 zu einer Fertigungsspezialisierung von Herstellern von Anhangervorrichtungen für Kraftfahrzeuge

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB gilt der Grundsatz des § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist. (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) Der Gesetzgeber hat von der Möglichkeit, Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot von Kartellen zu legalisieren so reichlich Gebrauch gemacht, daß von einem "Konzessionssystem" gesprochen werden muß. Die Kartellbehörden können Kartelle jeden Inhalts genehmigen. Die Zulassung der Kartelle ist rechtlich als eine Ausnahme vom Verbot des § 1 GWB gestaltet. Dieses Regel - Ausnahme - Verhältnis zeigt sich im Aufbau des Gesetzes. Während im § 1 GWB das grundsätzliche Verbot von Kartellvereinigungen normiert ist, sind in den §§ 1 - 7 GWB die Ausnahmen von diesem Verbot abschließend aufgezählt. (s. § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB)

Das Zulassungssystem ist in drei Gruppen gegliedert:

In der ersten Gruppe finden sich Kartelltypen, die völlig vom Kartellverbot freigestellt sind. Das Gesetz verwendet für die Freistellung die Formel: "§ 1 gilt nicht (s. z.B. §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 1)

In der zweiten Gruppe gilt eine generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. Die Kartellbehörde kann dem Kartell binnen drei Monaten widersprechen. Die §§ 5a, 5b GWB gehören dieser Gruppe an.

In der dritten Gruppe gilt ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 und 3 GWB, nach der vor Einführung der §§ 5a, 5b GWB ausschließlich Spezialisierungskartelle genehmigt werden konnten, ist dieser Gruppe zuzurechnen.¹¹⁾

11) Rinck, Wirtschaftsrecht, (1977), S. 240

b) Die Spezialisierungstatbestände im einzelnen

b1) § 5a GWB

Der deutsche Gesetzgeber hat die Spezialisierungskartelle ausdrücklich nur in § 5a, Abs. 1 Satz 1 GWB geregelt. Nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung ("Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung") ist die Spezialisierung eine Form der Rationalisierung, wobei der Begriff der "Rationalisierung" mit dem in § 5 Abs. 2 GWB identisch ist. Insoweit ergibt sich für § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB nichts neues.¹²⁾ Nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB kann die Spezialisierungsvereinbarung mit sonstigen Kooperationsabreden nach § 5 Abs. 2 und 3 verbunden werden, soweit diese Vereinbarungen zur Durchführung der Spezialisierung "erforderlich" sind. Spezialisierungsabreden nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB werden als "einfache", Spezialisierungsvereinbarungen nach § 5a Abs. 1 Satz 2 als Spezialisierungskooperationen mit Zusatzabreden bezeichnet. Die Zulassung von Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB ist nur möglich, wenn sie einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen. Durch dieses Tatbestandsmerkmal sollte der Absicht des Gesetzgebers Ausdruck verliehen werden, daß die Vorschrift nur Kooperationen im Bereich kleiner und mittlerer Unternehmen erleichtern soll, um ihre Wettbewerbsfähigkeit auf dem Markt zu erhöhen.¹³⁾

12) In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der Rationalisierung nicht näher besprochen. Es wird der Auslegung gefolgt, die dieses Tatbestandsmerkmal durch die langjährige Spruchpraxis des Bundeskartellamtes gefunden hat.

13) s. Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 27 zu § 5a GWB; Bundeswirtschaftsminister Schmücker i.d. 2. Lesung, Protokoll der 191. Plenarsitzung vom 23.6.1965, S. 9631 C

Wegen der zu allgemeinen Fassung der Rechtsnorm hat diese Intention der Gesetzgeber allerdings im Wortlaut des § 5a GWB keinen rechten Ausdruck gefunden. Legt man die Vorschrift nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aus, so ist neben der historischen Auslegung, die die Zielsetzungen des Gesetzgebers berücksichtigt, zumeist der Wortlaut der Vorschrift und ihr Sinn und Zweck zu beachten. Unter Beachtung dieser Grundsätze ist, was später noch ausführlich zu zeigen sein wird, die Praxis zu dem Ergebnis gelangt, daß § 5a nicht nur auf Mittelstandskooperationen beschränkbar ist. Im Rahmen der §§ 5a GWB darf weder auf den Marktanteil des Kartells allein, noch auf die absolute Größe der beteiligten Unternehmen abgestellt werden, vielmehr sind Struktur und Marktsituation jeweils gesondert zu prüfen.¹⁴⁾

Soweit danach ein Spezialisierungskartell bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen wesentlichen Wettbewerb am Markt bestehen läßt, steht seiner Zulassung nach § 5a GWB nichts im Wege, auch wenn an dem Kartell Großunternehmen beteiligt sind. Entsprechend der Auslegung, daß der Gesetzestext § 5a GWB nicht nur auf kleinere und mittlere Unternehmen beschränkt, wurde die Vorschrift in erheblichem Umfang auch von Großunternehmen ausgenutzt. So besaßen bis zum Jahre 1971 Spezialisierungskartelle auf 5 Märkten einen Marktanteil von 50 % und mehr, auf 25 Märkten lag dieser zwischen 20 % und 50 %.¹⁵⁾

14) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 27 zu § 5a GWB, aus der reichhaltigen Spruchpraxis des Bundeskartellamtes sei nur auf den Fall Betonrammpfähle hingewiesen, WuW/E Bundeskartellamt 430, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 43

15) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1971, S. 17, 18

·b2) Die Abgrenzung des § 5a GWB von § 5 GWB

Wenn infolge einer Kartellvereinbarung "wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt" nicht mehr bestehen bleibt, ist § 5a GWB nicht mehr anwendbar; eine Legalisierung des Spezialisierungskartells ist aber noch nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB und § 5b GWB möglich, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen. Ein Rückgriff auf die §§ 5 und 5b ist zulässig, weil § 5a GWB keine abschließende Regelung für Spezialisierungskartelle enthält. Dies ist allgemein anerkannt.¹⁶⁾ Durch die Einfügung des § 5a GWB sollte eine zusätzliche Zulassungsmöglichkeit geschaffen und nicht die Vorschrift des § 5 GWB beschränkt werden.

Das Verhältnis der Vorschriften des § 5a GWB zu § 5 Abs. 2 GWB ist noch nicht endgültig geklärt, soweit es um die Frage geht, ob bei der Prüfung des § 5a GWB auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB einzuhalten sind. Es steht zwar fest, daß durch die Einfügung des Tatbestandsmerkmals in § 5a -Erhaltung wesentlichen Wettbewerbs- eine Überschneidung der Anwendungsbereiche beider Vorschriften vermieden wurde, da in einem Falle, in dem wesentlicher Wettbewerb nicht mehr vorliegt, eine Zulassung des Kartells nur noch nach § 5 GWB möglich ist. Umstritten ist aber, ob zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 5a GWB die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB vorliegen müssen. Diese Frage konnte sich überhaupt nur deshalb ergeben, weil Spezialisierungskartelle nach § 5a GWB der "Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge" dienen müssen

16) s. dazu Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976 S. 55, ein Spezialisierungskartell zweier Hersteller von Klimaanlage für Kraftfahrzeuge war nach § 5a GWB angemeldet worden. Da der größere der beiden Kartellpartner auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung innehatte, konnte eine Legalisierung nach § 5a GWB nicht erfolgen. Das Kartell wurde aber über § 5 Abs. 2 GWB zugelassen.

(s. § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB). Spezialisierungskartelle bilden daher nach der Gesetzessystematik einen Unterfall der Rationalisierungskartelle, die in § 5 Abs. 2 GWB grundsätzlich geregelt sind. In Anbetracht dieses Gesetzesaufbaus ergab sich das Problem, ob und inwieweit die Grundsatznorm auf die Spezialregelung ausstrahlt. Die Rechtsfrage ist dahin zu lösen, daß § 5a GWB als eigenständige Rechtsnorm aufzufassen ist, bei deren Prüfung Tatbestandsmerkmale des § 5 GWB grundsätzlich nicht überprüft werden müssen. Nach der Intention des Gesetzgebers sollte durch § 5a GWB eine eigene, unabhängige Vorschrift für Spezialisierungskartelle geschaffen werden, die sich sowohl in ihrem Verfahren, als auch in ihren materiellen Voraussetzungen von der Grundsatznorm des § 5 GWB unterscheidet.¹⁷⁾

Die Kartellbehörde kann also nicht deswegen die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 GWB auch bei § 5a GWB prüfen, weil Spezialisierungskartelle früher ausschließlich in § 5 Abs. 2 Satz 3 GWB geregelt waren und daher auch heute noch als ein Unterfall des § 5 anzusehen seien.¹⁸⁾

Die beschriebene Kontroverse wird in der Literatur ausgetragen. In der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden hat diese Frage, soweit ersichtlich, bislang keine Rolle gespielt.

b3) Die Abgrenzung des § 5a GWB von § 5b GWB

Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Vorschriften 5a und 5b GWB wird durch den irreführenden Gesetzeswortlaut in

17) Protokoll der 110. Sitzung des Wirtschaftsausschusses vom 16.12.1964, S. 7 ff. nach Deringer, Gemeinschaftskommentar Rn. 6 zu § 5a GWB

18) s. Benisch, Kartellrecht, (DB 1965), S. 1036; Dörinkel, Novelle (WuW 1965), S. 813 u. Bestimmungen (NJW 1965) S. 2322; Müller/Gries/Giessler, GWB Anm. 10 a.A. zu § 5a GWB; Gutzler, Änderung (BB 1965) S. 918 und Praxis des Bundeskartellamtes (BB 1969) S. 1066 ff.;

in 5b Abs. 1 GWB "..... durch eine andere als die in § 5a bezeichnete Art der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit" erschwert. Dieses Tatbestandsmerkmal könnte zu der unrichtigen Annahme verleiten, daß Spezialisierungskartelle ausschließlich von § 5a GWB erfaßt werden, während § 5b GWB alle sonstigen Formen betrieblicher Kooperation umfaßt. Tatsächlich wird durch dieses Tatbestandsmerkmal aber nur festgelegt, daß der Anwendungsbereich des § 5b GWB über § 5a GWB hinaus alle Formen der betrieblichen Zusammenarbeit, also auch die Spezialisierung erfaßt.¹⁹⁾

Im weiteren Verlauf der Arbeit wird nachgewiesen, daß auch die deutschen Kartellbehörden § 5b GWB in dieser Form auslegen. In den zu § 5b GWB ergangenen Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden finden sich alle Formen zwischenbetrieblicher Kooperation, einschließlich der Spezialisierungskartelle.

Die Anwendungsbereiche der § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB und § 5b GWB unterscheiden sich dadurch, daß die Voraussetzungen für die Genehmigung von Kooperationsvereinbarungen bei § 5 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit § 5a Abs. 1 Satz 2 wesentlich schärfer sind, als bei § 5b GWB. Nach § 5a Abs. 1 Satz 2 muß die Kooperationsvereinbarung zur Durchführung der Spezialisierung "erforderlich" sein. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Rationalisierungserfolg nicht auf andere Weise erreichbar ist. (Auf das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit wird später noch genauer einzugehen sein.)

An die Errichtung von Syndikaten werden nach § 5 Abs. 3 GWB strenge Anforderungen gestellt. § 5b Abs. 1 GWB setzt dagegen nur voraus, daß die Kooperationsvereinbarung -gleich welcher Art- den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt und die Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen fördert.

19) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 17 zu § 5a GWB

Andererseits ist aber die Fassung des § 5b Abs. 1 Satz 1 enger als § 5a Abs. 1 Satz 1, soweit es um die Frage der Wettbewerbsbeschränkung geht. Nach § 5a Abs. 1 Satz 1 muß das Spezialisierungskartell einen "wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen", während Kooperationsvereinbarungen nach § 5b GWB den Wettbewerb auf dem Markt "nicht wesentlich beeinträchtigen dürfen". Insgesamt erlaubt die Tatbestandsfassung des § 5b extensivere Kooperationsvereinbarungen als § 5a, beschränkt aber den Kreis der Berechtigten in stärkerem Maße als § 5a, indem sie im Gegensatz zu § 5a eine ausdrückliche Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen vorsieht. Durch § 5b GWB wurden die Möglichkeiten zur Genehmigung von Spezialisierungskooperationen erweitert. Wenn bisher für einzelne Spezialisierungsformen Zweifel bestanden, ob sie durch § 5a GWB gedeckt waren, können diese jetzt nach § 5b legalisiert werden, soweit es sich um eine Kooperation kleiner oder mittlerer Unternehmen handelt und der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird.²⁰⁾ Im Gegensatz zu § 5a GWB ist die Festlegung des Gesetzes auf diesen Kreis von Unternehmen ausdrücklich erfolgt.

2) Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen in der EWG im Vergleich mit dem GWB

a) Vergleich der deutschen und europäischen Rechtsgrundlagen

Eine andere Systematik als im deutschen kartellrecht liegt der Regelung im Bereich der EWG zugrunde. Nach dem EWG-Vertrag sind die Unzulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und die einzelnen Ausnahmemöglichkeiten hiervon in Generalklauseln festgelegt. Zunächst geht der EWG-Vertrag vom grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden

20) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 17 zu § 5a GWB

aus. Die Verbotsnorm des Art. 85 Abs. 1 EWGV ist im Wortlaut weiter als § 1 GWB. Nach Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag sind Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu beschränken oder zu verfälschen, verboten. Während die Ausnahmen von der grundsätzlichen Untersagung wettbewerbsbeschränkender Verträge im deutschen GWB im einzelnen aufgezählt sind, enthält die Verbotsnorm des Art. 85 Abs. 3 als Ausnahmevorschrift eine Generalklausel. Nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag gilt Art. 85 Abs. 1 nicht für Vereinbarungen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts getroffen werden, ohne den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten zu geben, nicht unerläßliche Beschränkungen einzuführen oder für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Die Zulassungsklausel ist wesentlich weiter gefaßt als die entsprechenden Ausnahmebestimmungen im deutschen Recht. Sie läßt der EWG-Kommission als Genehmigungsbehörde erheblich mehr Beurteilungsspielraum, als das GWB den deutschen Kartellbehörden.²¹⁾

21) auf die Diskussion um den Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV und des § 1 GWB kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit im einzelnen nicht näher eingegangen werden. Art. 85 Abs. 1 EWGV erfaßt mit seinen Tatbestandsmerkmalen "bezwecken" und "bewirken" sowohl beabsichtigte Wettbewerbsbeschränkungen als auch tatsächliche Auswirkungen einer Vereinbarung, die zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. § 1 GWB dagegen beschränkt sich auf Vereinbarungen. s. zur Diskussion um die Auslegung der Begriffe "bezwecken" und "bewirken": Steindorff, Wettbewerbsbeschränkung, Europäes Kartellrecht (1967-1968) S. 277 ff.

b) Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen in der EWG

Während § 1 GWB grundsätzlich jede Kartellabrede erfaßt, fallen in den Geltungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV nur solche Vereinbarungen, die den Wettbewerb "spürbar" beschränken. Bei den sog. "Bagatellkartellen" liegt keine "spürbare" Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 85 Abs. 1 EWGV vor.²²⁾ Nach der Auslegung der Kommission, entsprechend dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 EWGV, fällt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen nur dann unter das Verbot des Art. 85, wenn sie den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten "spürbar" beeinträchtigt.²³⁾ Zur Konkretisierung dieses Begriffes hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung vom 27.5.1970²⁴⁾ eine Obergrenze von 5 % Marktanteil und einen Gesamtumsatz von 15 Millionen RE in der Erzeugung und 20 Millionen RE im Handel festgelegt. In ihrer Bekanntmachung vom 19.12.1977²⁵⁾ hat die Kommission die Grenze für Bagatellkartelle erneut erweitert. Der höchstzulässige Marktanteil von 5 % wurde zwar beibehalten, die Umsatzgrenze wurde aber auf 50 Millionen Rechnungseinheiten ausgeweitet. Da es sich bei der Bekanntmachung aber nur um eine Meinungsäußerung der Kommission han-

22) nach der neueren Rechtssprechung des BGH wird die "Spürbarkeit" wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auch im deutschen Kartellrecht stärker hervorgehoben. s. BGH NJW 77, 804 u. Fn. 57

23) Entscheidung der Kommission vom 11.3.1964 Grossfillex ABLEG 1964, Nr. 58 S. 915; Urteile des Gerichtshofes vom 30.6.1966 in der Rechtssache 56/65 Société technique minière gegen Maschinenbau Ulm ABLEG 29.9.1966 170 S. 3013

24) Teil II B, Kartellrecht der EWG, Texte Nr. 15

25) s. Bekanntmachung der Kommission vom 19.12.1977 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag fallen, ABLEG C 313/3

delt, kann sie den Unternehmen keine Rechtssicherheit geben, daß die Spezialisierungsvereinbarung unter den besonderen Umständen des Einzelfalles nicht doch den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt.²⁶⁾

Vereinbarungen, die unter die Bagatellbekanntmachung der Kommission fallen, können zusätzlich alle möglichen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln enthalten, da derartige Vereinbarungen wegen ihrer unwesentlichen Eignung zur Marktbeeinflussung innerhalb der EWG kartellrechtlich irrelevant sind.

Zusätzlich zur Bagatellbekanntmachung wurde in der EWG für kleine und mittlere Unternehmen der Abschluß von Spezialisierungsvereinbarungen auf zweifache Weise erleichtert:

Spezialisierungskartelle brauchen bei der Kommission nicht angemeldet zu werden, wenn die spezialisierten Erzeugnisse in einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes nicht mehr als 15 % des Umsatzes mit gleichen oder gleichartigen Erzeugnissen ausmachen und, wenn der gesamte Umsatz der Kartellmitglieder 200 Mio Rechnungseinheiten nicht überschreitet (s. Nr. 2812/71 Art. 4 Abs. 2 Unterabschnitt 3c der Verordnung Nr. 17). Hierbei handelt es sich aber nur um die Befreiung von einer Meldepflicht, die nichts darüber besagt, ob das Kartell die Freistellungs Voraussetzungen erfüllt.²⁷⁾ Sind zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart, welche über die Gruppenfreistellungsverordnung hinausgehen, so kann eine spätere rückwirkende Nichtigerklärung durch die Kommission nicht ausgeschlossen werden. Wegen dieser Möglichkeit einer

26) Spormann, Förderung europäischer Spezialisierungskartelle, (WuW 1973), S. 165

27) Spormann, Förderung europäischer Spezialisierungskartelle, (WuW 1973), S. 165; s.a. Teil II B Kartellrecht der EWG, Text Nr. 11

rückwirkenden Nichtigerklärung ist die Ausnutzung dieser Vorschrift für die beteiligten Unternehmen nicht ungefährlich.

Die Kommission hat am 21.12.1972 die Verordnung Nr. 2779/72 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen erlassen.²⁸⁾ Aufbau und Wortlaut der Vorschrift sind weitgehend der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67 EWG angepaßt. Nach Art. 3 und 4 der Verordnung wird der Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt, indem der höchst zulässige Marktanteil der spezialisierten Erzeugnisse auf 10 % festgelegt wird. Der Gesamtumsatz aller an der Spezialisierung beteiligten Unternehmen darf 150 Mio Rechnungseinheiten, also fast eine halbe Milliarde DM nicht überschreiten. Spezialisierungsvereinbarungen, die innerhalb dieser Schwellen liegen und auch die anderen Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllen, sind ohne Anmeldung endgültig voll wirksam. Kartellabreden, bei denen die beteiligten Unternehmen die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung erfüllen, können nicht rückwirkend, sondern allenfalls ex tunc für nichtig erklärt werden. Im einzelnen wird auf die Gruppenfreistellungsverordnung später eingegangen.²⁹⁾

c) Geltungsbereich des Art. 85 EWGV

Art. 85 EWG-Vertrag ist Teil des materiellen Kartellrechts der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Die Vorschrift gilt für alle Wirtschaftsbereiche mit Ausnahme von Kohle und Stahl,

28) ABLEG I 292, S. 23, 2. Bericht über die Wettbewerbspolitik April 1973, S. 19

29) Zur Notwendigkeit der Unternehmenskooperation s. Fn. 3 und 4

sowie der Atomenergie, für die der (MUV) Montanunion- und der Euratom-Vertrag gelten.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf Spezialisierungskartelle in der EWG. Es darf jedoch darauf hingewiesen werden, daß über Art. 65 Abs. 1 MUV Spezialisierungskartelle und gemeinsame Ein- und Verkaufsorganisationen zugelassen werden können. (Montankartelle) Die Kommission kann auch andere Kartelle genehmigen, wenn diese den beiden genannten ihrer Natur und in ihren Auswirkungen nach "streng analog" sind. (Art. 65 § 2 Abs. 2 MUV).

Für den gesamten Bereich des Europarechts sind der Zulassung von Kartellen starre gesetzliche Grenzen gesetzt. Es darf nie die Möglichkeit geschaffen werden, daß ein Kartell für einen wesentlichen Teil der Erzeugnisse die Preise bestimmt, den Absatz kontrolliert oder den tatsächlichen Wettbewerb ausschaltet. (Art. 65 § 2 Abs. 1, c MUV, Art. 85 Abs. 3b und Art. 8 Abs. 3, d VO 17)

d) Das Verfahren zur Anmeldung von Spezialisierungskooperationen in der EWG

Das Verbot des Art. 85 EWGV trägt seine Sanktion in sich, d.h., daß Verträge, die in den Anwendungsbereich des Art. 85 EWGV fallen, automatisch verboten sind, ohne daß es dazu einer besonderen konstitutiven Erklärung oder Entscheidung der Kartellbehörde bedürfte. Die meldepflichtigen Verträge sind vor der Anmeldung zivilrechtlich nichtig; das gilt sowohl im deutschen Kartellrecht als auch im Recht der EWG.

Das Verfahren über die Anmeldung und Freistellung von Spezialisierungskartellen ist für das deutsche Kartellrecht im GWB geregelt. (s. §§ 5a Abs. 2, 3; 56 Abs. 2; 9 GWB).

Die Verfahrensbestimmungen für Spezialisierungskartelle innerhalb der EWG finden sich in der auf Art. 87 EWGV gestütz-

ten VO Nr. 17.³⁰⁾

Die Freistellung für Spezialisierungsabreden wirkt längstens bis zum Tage der Anmeldung zurück (Art. 6 Abs. 1 VO 17), während die im deutschen Kartellrecht genehmigten Spezialisierungskartelle nach §§ 5a, 5b GWB in jedem Falle mit ihrer Anmeldung voll wirksam werden (s. § 5a Abs. 3; 5b Abs. 2 GWB). Nach Art. 9 Abs. 1 VO 17 erteilt die Freistellungserklärung gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV die Kommission.³¹⁾ Wird sie verweigert, so kann gegen die Entscheidung der Kommission nach Art. 173 EWGV Klage zum Europäischen Gerichtshof in Luxemburg erhoben werden. Von dieser Klagemöglichkeit wird, ähnlich wie bei den Beschwerdemöglichkeiten des GWB (§§ 62 ff.), nur selten Gebrauch gemacht.

e) Verhältnis des deutschen Kartellrechts zum EWG-Kartellrecht

Die Frage des Verhältnisses des europäischen Wettbewerbsrechts zum nationalen Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten ist in Literatur und Rechtssprechung vielfach und eingehend diskutiert worden.³²⁾

30) ABLEGE 21.2.1962, 13, S. 204; der Erlass der VO wurde von Steindorff 1961 gefordert; s. Fn. 32

31) Zu der früher umstrittenen Frage, ob die Konkretisierung des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch Freistellungserklärungen den nationalen Behörden überlassen werden kann, s. Steindorff Fn. 32, der dringend forderte, daß die Kommission ihre Kompetenzen ausüben solle.

32) Cozzin u.a., Zusammenarbeit, KSE Bd. 13, (1971 II), Gemeinschaftsrecht und nationale Rechte; Nass, über das Verhältnis zwischen europäischem u. deutschem Kartellrecht, in: Schriftenreihe zur europäischen Integration, Bd. 6 (1970); Randelzhofer, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft und das nationale Recht, ZHR 135 (1971), S. 237; Rehbindner, Eckard, zum Verhältnis zwischen EWG-Kartellrecht und nationalem Kartellrecht, Jur A, Wirtschaftsrecht II (1970), S. 7; Schumacher, Normenkonflikte zwischen deutschen u. Gemeinschaftsrecht, (DB 1970), S. 1010; Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, (1974), S. 127f. zum Schrifttum vor 1970 s. Mestmäcker S. 127 f.

Nach Art. 87 Abs. 2 (e) EWGV ist die Lösung dieses Problems den Organen der EWG zur Aufgabe gegeben worden.

Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur hat das Kartellrecht der Gemeinschaft Vorrang vor dem der Mitgliedstaaten.³³⁾ Da sich das Kartellrecht der Gemeinschaft und das der Einzelstaaten nach unterschiedlichen Gesichtspunkten beurteilt, kann das staatliche Recht der Mitgliedsstaaten neben dem Gemeinschaftsrecht angewendet werden. Die Möglichkeit einer Doppelsanktion steht der Zulässigkeit zweier Parallelverfahren, die verschiedenen Zwecken dienen, nicht entgegen. Die gleichzeitige Anwendung des nationalen Rechts neben dem Gemeinschaftsrecht ist aber nur statthaft, soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt. Normenkonflikte zwischen Gemeinschafts- und innerstaatlichem Kartellrecht sind nach dem Grundsatz des Vorranges des Gemeinschaftsrechts zu lösen. Die nationalen Kartellbehörden müssen den Wirkungen von Entscheidungen der Kommission, die ein von ihr eingeleitetes Verfahren abgeschlossen hat, Rechnung tragen. Verbotsentscheidungen oder Freistellungserklärungen der Kommission sind für die nationalen Kartellbehörden bindend.³⁴⁾

33) EuGH Rspr. 13.2.1969 GH XVS 1; RS. 14/68 Farbenhersteller. Der Europäische Gerichtshof hat im Urteil vom 4.2.1959 Nr. 1/58 festgestellt, daß er kein nationales Recht anzuwenden habe. Umgekehrt haben die deutschen Gerichte ihre Kompetenz zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts bejaht, was sich daraus rechtfertigt, daß Art. 85 EWGV nicht als Zuständigkeitsregelung sondern als Teil des europäischen materiellen Gemeinschaftsrechts anzusehen ist. (s. dagegen Art. 65 § 4 (2) EGKS)

34) s. Fn. 32

r') Vergleich der Gesetzessystematik für Spezialisierungskartelle im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Vorschriften des EWG-Vertrages und die Bestimmungen des GWB von der grundsätzlichen Untersagung von Spezialisierungskartellen ausgehen. (§ 1 GWB, Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag) Von diesem Grundsatz läßt das GWB in den §§ 5 Abs. 2, 5a, 5b GWB Ausnahmen zu, die insbesondere durch die Bestimmungen der §§ 5a, 5b GWB der Kooperation kleiner und mittlerer Unternehmen dienen sollen. Die Anmeldepflicht wird jedoch auch bei Spezialisierungskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen voll aufrechterhalten (s. § 5a Abs. 2, § 5b Abs. 2 GWB).

Wie das deutsche Kartellrecht läßt auch der EWG-Vertrag und die sonstigen erwähnten Freistellungsmöglichkeiten Ausnahmen vom Verbot der Spezialisierungskartelle zu. Im Gegensatz zum deutschen Kartellrecht wird in der EWG versucht, die verstärkte Kooperation kleiner und mittlerer Unternehmen durch die erwähnten befristeten Verordnungen und die Bagatellbekanntmachung zu erreichen. Dabei wird teilweise sogar auf die Anmeldepflicht verzichtet. Dadurch ist nicht auszuschließen, daß ein Teil der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen unbekannt bleibt, sodaß sich in diesem Bereich eine Entscheidungspraxis der europäischen Kartellbehörden nicht bilden kann. Deshalb hat sich auch das Europäische Parlament gegen die Befreiung von Spezialisierungskartellen von der Meldepflicht ausgesprochen.³⁵⁾

Die Regelung im GWB, wonach sämtliche Spezialisierungskartelle anzumelden sind, ist der europäischen Rechtslage vorzu-

35) ABLEG 1972 C 79, S. 4

ziehen. Die Registrierung aller vorhandenen wettbewerbsbeschränkenden Fooperationsabreden erleichtert den Kartellbehörden die Beurteilung der Marktlage, ohne die anmeldepflichtigen Unternehmen unverhältnismäßig zu belasten. Im übrigen wird die Belastung der Unternehmen durch eine erhöhte Rechtssicherheit ausgeglichen. Sie können grundsätzlich davon ausgehen, daß ihre Kartellabrede von § 1 GWB freigestellt ist, wenn nicht innerhalb der Frist der §§ 5a Abs. 3, 5b Abs. 2 GWB ein Widerspruch der Kartellbehörden erfolgt.

III. Der Begriff der Spezialisierungskartelle

1) Kartellfreie Kooperation im deutschen Wettbewerbsrecht

Die Frage der Freistellung von Spezialisierungskartellen stellt sich im deutschen Kartellrecht nur, wenn ein nach § 1 GWB unwirksamer Vertrag oder Beschluß vorliegt.³⁶⁾

36) Langen, Eilverfahren, (DB 1963), S. 1174, Auf die Frage, wann ein Kartell im Sinne des § 1 GWB vorliegt, kann im einzelnen nicht eingegangen werden. Das entscheidende Merkmal des Kartelltatbestandes ist die vertragliche Beschränkung der wettbewerbslichen Handlungsfreiheit untereinander (Innenverhältnis) und nicht die objektive oder faktische Marktfolge eines Vertrages (Außenverhältnis); s. dazu Stahl, Grenzen der kartellfreien Kooperation, (FIW-Schriftenreihe Heft 73), S. 33 ff., zu den BGH-Beschlüssen in Sachen ZVN und Aluminium Halbzeug, wo darauf hingewiesen wird, daß die Vertragsgestaltung und nicht ein faktisches Verhalten der entscheidende Maßstab für die Annahme eines Kartells sei; s.a. ausführlich Fikentscher, Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen, Europäisches Kartellrecht, (1967-1968), S. 190 ff.; s.a. Fn. 180

Viele Spezialisierungskartelle enthalten Vereinbarungen, die den Anwendungsbereich des § 1 GWB mangels wettbewerbsbeschränkender Wirkung nicht berühren.³⁷⁾ Zu den wichtigsten kartellfreien Vereinbarungen gehören Abreden über gemeinsame Forschungs- und Entwicklungsarbeiten, soweit sie den Forschungswettbewerb nicht beschränken;³⁸⁾ Verträge über den Austausch von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen; Vereinbarungen über die gemeinsame Benutzung von Produktions- und Absatzeinrichtungen, gemeinschaftliche Markterforschung und -erkundung als Mittel der Absatzplanung,³⁹⁾ einheitliche Kalkulationsschemata, gemeinschaftliche Werbung, gemeinsame Verkaufseinrichtungen und gemeinsame Funden- oder Reparaturdienste.⁴⁰⁾

Während die genannten Abreden nach allgemeiner Meinung den Wettbewerb grundsätzlich nicht beschränken, ist die Frage umstritten, ob die gegenseitige Verpflichtung, sich bestimmte Erzeugnisse zu liefern (Kollegenlieferungen), unter das Verbot des § 1 GWB fällt. Das Bundeskartellamt hat in mehreren Fällen entschieden, daß die Verpflichtung zur Belieferung des

37) s. dazu Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums und ABLEG 29.7.1968, C 75, S. 3, Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmter Vornhaltensweisen die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen.

38) zum Begriff der Forschung s. die Definition bei Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle, (1967) S. 32

39) Preismeldeverfahren, die die Beteiligten zur Offenlegung von Angeboten und Geschäftsabschlüssen mit allen Einzelheiten einschließlich Kunden- und Produktmenge verpflichten, sind aber wettbewerbsbeschränkend. Solche "identifizierenden" Meldeverfahren beinhalten eine vertragliche Beschränkung des Preiswettbewerbs in Form des "Geheimwettbewerbs" und fallen damit unter § 1 GWB; Zulässig ist dagegen eine kooperative Marktstatistik, sofern sie so stark anonymisiert ist, daß Einzelgeschäfte nicht identifizierbar sind; s. zum Ganzen: Stahl, Grenzen der kartellfreien Kooperation, (FIW-Schriftenreihe Heft 73) S. 40

40) s. Fn. 37

Partners als Einschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit anzusehen sei, obgleich in den Vereinbarungen die Freiheit, außer an den Vertragspartner auch an Dritte zu liefern, rechtlich nicht beschränkt worden war. (Ausschließlichkeitsverpflichtung) Es genüge, daß sich die Partner eines zu einem gemeinsamen Zweck geschlossenen Vertrages ihrer Freiheit begeben haben, im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob sie ein Kaufangebot des anderen Vertragspartners annehmen und ihn beliefern wollen. Das wettbewerbliche Handeln mit dem Ziel, Geschäfte abzuschließen, erfordere eine individuelle Entschließungsfreiheit des Unternehmers. Diese umfasse die Freiheit des Unternehmers, Kaufangebote sowohl annehmen als auch ablehnen zu können.⁴¹⁾

In der Literatur ist die Rechtsansicht des Bundeskartellamtes kritisiert worden. Es wurde eingewandt, daß bei der vom Bundeskartellamt gegebenen Begründung jeder langfristige Liefervertrag unter § 1 GWB fallen müßte.⁴²⁾ Diese Kritik übersieht jedoch, daß es sich bei den vom Bundeskartellamt entschiedenen Fällen nicht nur um gegenseitige Lieferpflichten handelte, sondern daß diese Vereinbarungen mit anderen unzweideutig unter § 1 GWB fallenden Vertragsbestimmungen im Zusammenhang standen.

Das Bundeskartellamt hat zu Recht die Folgelieferungen nicht isoliert betrachtet, sondern in Verbindung mit den übrigen eindeutig wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gesehen.⁴³⁾

Vertriebsvereinbarungen, die häufig in Zusammenhang mit Spezialisierungsabreden geschlossen werden, sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes danach zu differenzieren, ob ein Ei-

41) s. dazu Benisch, Spezialisierungskooperation, (DB 1967) S. 2059 ff.

42) s. Fn. 41

43) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 11 zu § 5a GWB

genhändler- oder ein Vertriebsagenturvertrag besteht. Bei Vertriebsagenturen liegt grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Eigennändlerverträge sind dann nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn sie die Andienungsfreiheit und Preisfreiheit der Gesellschafter bestehen lassen.⁴⁴⁾

2a) Kartellfreie Kooperationsformen im europäischen Wettbewerbsrecht ⁴⁵⁾

Auch bei Spezialisierungskooperationen in der EWG ist zunächst zu prüfen, ob die Verträge wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag enthalten.⁴⁶⁾ Die Freistellungserklärung der Kommission soll vom generellen Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV befreien; entsprechend dieser Zielsetzung ist sie nur sinnvoll, aber auch nur nötig für Wettbewerbsbeschränkungen, die den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 erfüllen. Der Europäische Gerichtshof hat ausdrücklich festgestellt, daß die Kommission mit der Erteilung einer individuellen Freistellung implizite das Vorliegen einer verbotenen Absprache bejaht.⁴⁷⁾ Damit ist die Kartellbehörde verpflichtet, bei jedem Freistellungsantrag vorerst die Frage zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 1 EWGV erfüllt sind; rein vorsorgliche Freistel-

44) s. dazu, insbesondere zum Terminus des "Eigenhändlers" Stahl, Grenzen der kartellfreien Kooperation, (FIW-Schriftenreihe, Heft 73), S. 37; s.a. S. 39, wo darauf hingewiesen wird, daß die gesellschaftsrechtliche Form, in der sich eine Kooperation vollzieht -Bildung von Gemeinschaftsunternehmen- für die kartellrechtliche Beurteilung grundsätzlich unerheblich sei;

45) zu den "per se" wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen s. Steindorff, Wettbewerbsbeschränkung, Europees Kartellrecht (1967-1968) S. 277 ff.

46) Zum Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV s. Fikentscher, Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen, Europees Kartellrecht (1967-1968), S. 190 ff.

47) EuGH-Slg. XII, S. 483

lungen dürfen grundsätzlich nicht erteilt werden.⁴⁸⁾

Der Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 EWGV ist teilweise weiter, teilweise enger als § 1 GWB; so erfaßt Art. 85 Abs. 1 EWGV nur "spürbare" Wettbewerbsbeschränkungen, während § 1 GWB grundsätzlich auch Bagatellkartelle für unwirksam erklärt.⁴⁹⁾ Andererseits sind nach Art. 85 Abs. 1 EWGV auch wettbewerbsbeschränkende, abgestimmte Verhaltensweisen nichtig, während unter den Anwendungsbereich des § 1 GWB nur wettbewerbsbeschränkende Verträge oder Beschlüsse fallen. Trotz dieses unterschiedlichen Gesetzeswortlauts sind die oben (S. 46) aufgezählten kartellfreien Vereinbarungen auch im Bereich der EWG als kartellrechtlich irrelevant anzusehen.

Darüber hinaus ergeben sich für kartellfreie Kooperationen in der EWG einige Abweichungen von der Praxis der deutschen Kartellbehörden. Aus verschiedenen Stellungnahmen der europäischen Kommission⁵⁰⁾ kann geschlossen werden, daß die Kommission die gemeinschaftliche Spezialisierung nicht immer in den Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV fallen läßt,⁵¹⁾ da sie nicht notwendig eine wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung beinhalte. Diese Rechtsauffassung kommt auch in der Entscheidung der Kommission vom 17.7.1968 "Machines outils"⁵²⁾ zum Ausdruck. Die Kommission nimmt darin bei einer Spezialisierungsabsprache zwischen Mitgliedern einer Verkaufsgemeinschaft keine Wettbewerbsbeschränkung an. Zur Begründung gab die Kommission an,

48) Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht, (1972), S. 260 ff., Freistellungsanträge sind in einen Antrag auf Erteilung eines Negativattestes umzudeuten, wenn die Vereinbarung nicht unter Art. 85 Abs. 1 fällt.

49) Zur Spürbarkeitsgrenze im deutschen Kartellrecht s. Fn.22

50) s.o. Fn. 22

51) Benisch, Kooperationsfibel, (1973), S. 202

52) ABLEG 12.8.1968, L 201, S. 1, Bull. EG Nr. 9/10 1968 S.16;

daß die Kartellpartner bereits bei der Gründung der Gemeinschaft tatsächlich in einem Spezialisierungsverhältnis zueinander standen und danach in ihrer Produktion nicht beschränkt wurden.

Im einzelnen sind nach der Entscheidungspraxis der Kommission insbesondere folgende Spezialisierungskooperationen nicht wettbewerbsbeschränkend:⁵³⁾

Die Unternehmen respektieren ein faktisch zwischen ihnen bestehendes Spezialisierungsverhältnis.

Unternehmen, die in einer Vertriebskooperation zusammenarbeiten, vereinbaren, ein bei der Gründung der Kooperation bereits faktisch bestehendes Spezialisierungsverhältnis zu respektieren, um die Vertrauensbasis für die Vertriebskooperation zu erhalten.⁵⁴⁾

Unternehmen, zwischen denen wechselseitige Liefer- und Bezugsverpflichtungen zur Ergänzung ihres Sortiments bestehen, vereinbaren die von ihren Partnern bezogenen Erzeugnisse nicht herzustellen.

Unternehmen vereinbaren eine Neuaufteilung ihres Erzeugungs-, Leistungs- oder Funktionsbereichs, ohne daß der Wettbewerb spürbar beeinträchtigt wird.

Darüberhinaus ist eine Wettbewerbsbeschränkung in der EWG irrelevant, wenn sie den Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigt. Eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung fehlt insbesondere, wenn

die Partner einander die Ergebnisse der Spezialisierung derart zur Verfügung stellen, daß der (Innen-)Wettbewerb zwischen ihnen in Erzeugung und Absatz bestehen bleibt;

die Spezialisierungsabrede nur sehr lose getroffen wird, so-

53) s. dazu Benisch, Kooperationsfibel, (1973), S. 202; Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, (1974), S. 283 ff.

54) s. Anm. 52

daß ihre Durchbrechung, z.B. auf Wunsch von Abnehmern, leicht möglich ist;

der Gegenstand der Spezialisierung in starkem Substitutionswettbewerb steht;

der Anteil der Partner in dem vom Spezialisierungsabkommen betroffenen Bereich am gemeinsamen Markt gering ist. Dies ist der Fall, wenn nur eine geringe Zahl von Wettbewerbern am Kartell beteiligt ist oder die Spezialisierung sich nur auf Randerzeugnisse eines Sortiments beschränkt oder die Spezialisierung nur für bestimmte Auftragsgrößen gilt.

Nur wenn eine Gemeinschaftsspezialisierung die Grenzen des Art. 85 Abs. 1 EWGV überschreitet, ist eine Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 nötig.⁵⁵⁾

2b) Vergleich mit der Praxis der deutschen Kartellbehörden

Die Kommission ist bei der Zulassung kartellfreier Kooperationen großzügiger als die deutschen Kartellbehörden.⁵⁶⁾

Die Vereinbarung, ein faktisches Spezialisierungsverhältnis zu respektieren, stellt im deutschen Kartellrecht eine Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn die Kartellpartner die finanziellen und technischen Möglichkeiten haben, auf dem Vertragsgebiet des Partners tätig zu werden; das gleiche gilt für die Verpflichtung, bestimmte Erzeugnisse nicht herzustellen.

In der EWG sind nur "spürbare" Wettbewerbsbeschränkungen kartellrechtlich relevant. Da das deutsche Kartellrecht nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 GWB eine derartige Spürbarkeitsgrenze nicht kennt, sind grundsätzlich sämtliche Wettbewerbsbe-

55) Benisch, Kooperationsfibel, (1973), S. 204

56) s. dazu oben S. 45 ff.

beschränkungen anmeldepflichtig.⁵⁷⁾

Die Tendenz des europäischen Wettbewerbsrecchts, Bagatellkooperationen von der Anmeldepflicht auszuschließen, zeigt sich auch in diesem Bereich. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß das deutsche Kartellrecht, das die grundsätzliche Anmeldepflicht aller Kartelle statuiert, gegenüber dem europäischen Recht den Vorzug verdient.

3) Wettbewerbsbeschränkende Formen der Spezialisierung

a) Der Begriff der Spezialisierung

Nach der Feststellung, daß eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, stellt sich die Frage einer

57) Zur Frage der "Spürbarkeit" wird durch die Grundsatzentscheidung des BGH vom 14.10.1976 s. Fn. 22 für das deutsche Kartellrecht eine neue Entwicklung eingeleitet. Der BGH stellt in dieser Entscheidung fest, daß nach dem Sinn und Zweck des § 1 GWB eine "spürbare" Beeinflussung des relevanten Marktes erforderlich sei. Eine Beeinflussung der Marktverhältnisse sei dann kartellrechtlich irrelevant, wenn die Außenwirkungen des Kartells praktisch nicht ins Gewicht fallen. s. a. Anmerkung von Ulmer zur o.a. Entscheidung, (NJW 1977), S. 806, Ulmer weist in seiner Anmerkung darauf hin, daß durch das o.a. Urteil die bisherige Rechtsprechung des BGH eingeschränkt worden sei. In der bisherigen Leitentscheidung SPAR (BGHZ 37, 194) habe es gemeißelt, jede nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten sei geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Demgegenüber verlange der BGH nunmehr die Feststellung konkreter Tatsachen, die den Schluß auf eine spürbare Außenwirkung des Vertrages zulassen. Das o.a. Urteil läßt eine Annäherung der deutschen und europäischen Entscheidungspraxis zu dieser Frage erwarten.

möglichen Legalisierung als Spezialisierungskartell.

Die Klärung der Frage, ob eine bestimmte Unternehmenskooperation ein Spezialisierungskartell darstellt, ist nicht nur von theoretischer Bedeutung. Nach deutschem Kartellrecht (§ 5a GWB) ist die Zulassung von Spezialisierungskartellen erleichtert. Aber nicht nur nach dem deutschen Kartellrecht, sondern auch nach der Rechtslage der EWG (Gruppenfreistellungsverordnung etc.) und nach der Spruchpraxis der EWG - Kommission, auf die später noch genau einzugehen sein wird, haben Spezialisierungskartelle im Gegensatz zu anderen wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen die Vermutung für sich, grundsätzlich vom Kartellverbot freistellbar zu sein. Es ist daher erforderlich, zunächst herauszuarbeiten, welche Kooperationsabreden als Spezialisierungsvereinbarungen anzusehen sind.

Unter dem Begriff der Spezialisierung wird einheitlich im deutschen und europäischen Kartellrecht eine Arbeitsteilung zwischen selbständigen Unternehmen (in der Produktion oder bei der Erbringung von gewerblichen Leistungen) verstanden, die darin besteht, daß das eine Unternehmen zugunsten des anderen auf bestimmte Tätigkeiten verzichtet, während das zweite dem ersten wiederum andere Tätigkeiten überläßt.⁵⁸⁾

An der Spezialisierungskooperation sind häufig, wie die Praxis zeigt, mehr als 2 Unternehmen beteiligt.

58) Diese Begriffsbestimmung ist nicht identisch mit dem wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Spezialisierung, der auch die einzelbetriebliche Spezialisierung in Form einer Verringerung des Produktionsprogramms umfaßt und damit von einer Normung oder Typisierung kaum zu trennen ist.

a1) Spezialisierung in der Produktion

In der Produktion, wo die Spezialisierung am häufigsten auftritt, führt die Arbeitsteilung dazu, daß die Fertigung bestimmter Erzeugnisse dem einen, die anderer dem zweiten Partner übertragen wird (s. die in der Literatur zitierten Fälle: Langfräsmaschinen, Drehbänke, Hydromechanik, Vakuumtechnik, PVC-Abflußrohre, Arbeitsschutzkleidung, Achsen und Motoren)⁵⁹⁾ Inhalt der Spezialisierungsvereinbarung im Bereich der Produktion ist danach die Verpflichtung der einzelnen Unternehmen, sich auf die Herstellung bestimmter Erzeugnisse oder die Ausführung bestimmter Tätigkeiten zu beschränken und ohne Zustimmung der Vertragspartner die Produktion anderer Erzeugnisse oder sonstige Tätigkeiten nicht aufzunehmen. Die gegenseitige Pflicht zur Belieferung (Kollegenlieferung mit Ausschließlichkeitsverpflichtung) ist dagegen kein unentbehrliches Begriffsmerkmal der Spezialisierung, da sich die Partner auf die von ihnen produzierte Warengruppe beschränken können, wenn sie kein Interesse am vollen Sortiment haben. Gegenstand der Spezialisierung ist in der Regel die Vereinbarung, sich auf die Fertigung bestimmter Erzeugnisse zu beschränken. Die Produktion ist das Hauptfeld der Spezialisierung.

a2) Spezialisierung bei der Erbringung gewerblicher Leistungen

Spezialisierungen sind aber auch auf dem Gebiet gewerblicher Leistungen möglich, wie z.B. in Vertrieb und Handel (s. den

59) Rühle von Lilienstern/Hermann/Neumann, Praktische Beispiele zwischenbetrieblicher Kooperation, (1964), S. 83 Dörinkel, Novelle, (WuW 1965), S. 814, Betriebswirtschaftlich wird diese Kooperation als "kollektive Spezialisierung" bezeichnet.

in der Literatur zitierten Fall: Gesellschaftsreisen II. 939).⁶⁰⁾ Spezialisierungen kommen auch in den Bereichen Einkauf und Vertrieb vor. Eine Einkaufsspezialisierung findet sich im Fall Verkehrszeichen.⁶¹⁾ Neben einer Fertigungsspezialisierung wurde von den Vertragsbeteiligten eine Einkaufsspezialisierung für die hauptsächlich benötigten Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe getroffen. Die Einkaufsspezialisierung sollte zu einer Senkung der Investitionskosten beitragen.

Ein Teil der Literatur möchte entgegen der Spruchpraxis der Kartellbehörden den Begriff der Spezialisierung als technischen Begriff dem Bereich der Produktion vorbehalten.⁶²⁾ Hierfür spricht, daß die Einbeziehung anderer Bereiche die Abgrenzung des Begriffs wesentlich erschwert, was insbesondere für die Anerkennung von Vertriebsspezialisierungen gilt. Andererseits sind aber auch beim Vertrieb technisch-rationelle Gesichtspunkte denkbar, die eine Aufgabenteilung ermöglichen.

Umstritten ist die Frage, ob dem Begriff der Spezialisierung auch eine Aufteilung der Abnehmer oder der Absatzgebiete zuzurechnen ist. Gerade bei Spezialisierungen im Vertrieb sind die beteiligten Unternehmen geneigt, auch eine Aufteilung der Absatzgebiete vorzunehmen. Von einer Spezialisierung kann nur die Rede sein, wenn die Beteiligten das Angebot an Waren oder

60) Langen, Eilverfahren, (DB 1963), S. 1175; Langen u.a., Kommentar zum Kartellgesetz, (1977) Anm. 10; Müller/Gries/Giessler, GWB, Anm. 4, Bundeskartellamt Nr. 39/78 über Verwaltungsgrundsätze für das Verfahren bei der Anmeldung von Kartellen unter A. II 4 b, ...

61) WuW/E Bundeskartellamt 327, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1975, S. 59;

62) s. dazu v. Ditfurth, Rationalisierung, (DB 1965), S. 207, S. 244; s. Deringer, Rationalisierungskartelle, (WuW 1958) S. 17; Langen u.a., Kommentar zum Kartellgesetz, (1977), Anm. 9

gewerblichen Leistungen unter sich aufteilen, nicht aber die Absatzmöglichkeiten, da eine Produktionsaufteilung auch ohne Marktaufteilung im Vertrieb zu erreichen ist. (s. dazu die in der Literatur zitierten Fälle: Schiankwände, Gesellschaftsreisen II 939)⁶³⁾

Ein wohl nur aus dem etwas anderen Wortlaut des Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag zu erklärender Grenzfall ist die Entscheidung der Hohen Behörde, mit der eine Vereinbarung zwischen dem französischen Kohlengroß- und -einzelhandel als einem Spezialisierungsabkommen "streng analog" zugelassen wurde. Die Vereinbarung sah vor, daß die Belieferung der Kleinverbraucher dem Einzelhandel vorbehalten wurde, sodaß eine Marktaufteilung erreicht wurde.⁶⁴⁾ In der Begründung stellte die Hohe Behörde u.a. fest, daß die Vereinbarung mit Rücksicht auf die gegenwärtige Lage auf dem französischen Kohlenmarkt zu einer merklichen Verbesserung der Verteilung beitrage, indem sie vermindere, daß sich die Tätigkeit der Großhändler auf eine zu große Zahl von Käufern geringer Mengen erstrecke.

b) Formen der Spezialisierung im Rahmen des § 5a GWB

Nach den Entscheidungen des Bundeskartellamtes zu § 5a GWB sind folgende Spezialisierungsformen bekanntgeworden:

b1) Der Umfang der Spezialisierung

Die Intensität einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ist bei der Prüfung ihrer Genehmigungsfähigkeit von großer Bedeutung. Je intensiver die Wettbewerbsbeeinträchtigung ist,

63) a.A. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichen-Recht, (1960), Anm. 18 zu § 5 GWB; Langen, Eilverfahren, (DB 1963), S. 1175 f.

64) 12. Gesamtbericht der Hohen Behörde, Ziff. 239

umso kritischer ist die Möglichkeit der Zulassung des Kartells zu prüfen. Bei Spezialisierungskartellen ist daher nach dem Umfang der Spezialisierung zu differenzieren, ob die Partner einer Spezialisierungsvereinbarung ihr in etwa identisches Produktionsprogramm teilweise oder vollständig aufgeben.⁶⁵⁾

In der Spruchpraxis der deutschen Kartellbehörden finden sich zu beiden Varianten eine größere Anzahl von Vereinbarungen, wobei die Vertragsgestaltung dahin geht, daß jeder von den üblicherweise zwei Vertragspartnern auf einen Teil seiner Produktion zugunsten des anderen verzichtet.

Von der üblichen Zweipersonenstruktur einer Spezialisierungskooperation weicht eine Spezialisierungsabrede von Elektrounternehmen ab und führt dadurch zu einer Intensivierung der Wettbewerbsbeschränkung.⁶⁶⁾ Diese Kooperation verdient daher besondere Erwähnung.

Nach der Spezialisierungsvereinbarung, an der 3 Elektrounternehmen beteiligt waren, erfolgte die Produktionsaufteilung durch getrennte Spezialisierungsverträge des größeren Elektrounternehmens mit den beiden kleineren. Das größere Unternehmen koordinierte die Produktionsaufteilung mit den beiden

65a) zur vollständigen Produktionsaufgabe s. WuW/E Bundeskartellamt 601 (Kunststoffrohre); WuW/E Bundeskartellamt 1967, 27 (Dreizylinderspinnereien), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 50, S. 53; WuW/E Bundeskartellamt 1968, 101, (Büro- und Zimmermöbel), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1967, S. 63; WuW/E Bundeskartellamt 802 (Armaturenhersteller), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 57;

b) zur teilweisen Produktionsaufgabe bei gleichem Programm s. WuW/E Bundeskartellamt 952 (Lederwaren), WuW/E Bundeskartellamt 806 (Stapelrongewebe); Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 51, S. 55; Garnhersteller, (Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1973, S. 96)

66) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1969, S. 64

kleineren Anbietern und bewirkte dadurch, daß von den drei Vertragspartnern ein einseitliches Warenangebot ohne Überschneidung von Produktionskapazitäten erzeugt wurde.

Bei Partnern, mit teilweise identischem Produktionsprogramm bezieht sich die Spezialisierung häufig auf die sich überdeckenden Teile des Programms. Beispielhaft sei dazu der Fall "Spitzen" erwähnt, wo 2 Hersteller von Spitzen und Bändern die Produktion von Klöppelspitzen, Raschel- und Häkelerzeugnissen untereinander aufteilten.⁶⁷⁾ Das eine Unternehmen hatte nicht sämtliche unter den Vertrag fallenden Erzeugnisse im eigenen Betrieb hergestellt. Die Spezialisierungsvereinbarung bezog sich daher auf die sich überdeckenden Programmenteile.

b2) Spezialisierung durch Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs

Neben einer Teilspezialisierung enthält der Fall Spitzen noch eine Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs, indem ein Unternehmen zusätzlich auf die zukünftige Herstellung bestimmter Vertragswaren verzichtete. Auch in dieser Abrede ist eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zu sehen. Eine Beschränkung potentiellen Wettbewerbs liegt vor, wenn das verzichtende Unternehmen die Vertragsprodukte, deren Herstellung es vereinbarungsgemäß unterläßt, ohne weiteres hätte herstellen können. Die Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs ist nach der Spruchpraxis der deutschen Kartellbehörden mit einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs gleich zu behandeln.⁶⁸⁾

67) WuW/E Bundeskartellamt 350, (Spitzen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1967, S. 67;

68) s. dazu Dörinkel, Novelle, (WuW 1965), S. 813

Im Fall Textilveredelung hat das Bundeskartellamt gleichfalls potentiellen Wettbewerb angenommen.⁶⁹⁾ Hier hatten 2 Unternehmen, die sich mit der Lohnveredelung von Garnen befaßten, vereinbart, daß jeder der beiden Vertragspartner für bestimmte Garnveredelungsleistungen, die er bisher nicht ausgeführt hatte, die aber von der Kundschaft in zunehmenden Maß gewünscht wurden, nicht die erforderlichen Maschinen und Aggregate anschafft, sondern diese Veredelungsleistungen ausschließlich von seinem Vertragspartner durch Kollegenlieferungen ausführen läßt. Das Bundeskartellamt hat potentiellen Wettbewerb angenommen, da die Unternehmen vom Markt her, aufgrund der Anforderungen ihrer Kunden gezwungen waren, den Fächer der von ihnen anzubietenden Veredelungsleistungen zu vergrößern. Zum anderen verfügten sie als Spezialbetriebe für Garnveredelung über die technische Betriebserfahrung und das erforderliche Fachpersonal, um alle unter den Vertrag fallenden Garnveredelungsarten auszuführen. Schließlich erschien auch die mit der Anschaffung der notwendigen neuen Maschinen und Aggregate verbundene finanzielle Belastung für die beteiligten Unternehmen nicht als untragbar. Die Spezialisierung bestand auch in diesem Falle darin, daß jeder Vertragspartner auf bestimmte ihm mögliche Vertragsleistungen verzichtete.

Ähnlich liegt der Fall Scheuertücher.⁷⁰⁾ Bis zum Jahre 1966 hatten sich auf dem Markt für Putztücher drei Spezialisierungskartelle gebildet, denen jeweils zwei Hersteller angehörten. In den Kartellverträgen war die Aufteilung der Herstellung verschiedener Putztucharten vereinbart. Die beteiligten Unternehmen hatten zum Teil bereits vor Abschluß der Kartellverträge aus individuellem Entschluß die Produktion einzelner Putztucharten eingestellt. Das Bundeskartellamt

69) WuW/E Bundeskartellamt 802, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1967, S. 66;

70) WuW/E Bundeskartellamt 878, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 55;

hatte keine Bedenken, in diesem Falle eine wettbewerbsbeschränkende Spezialisierungsvereinbarung anzunehmen, obwohl sich die beteiligten Unternehmen zum Teil nur verpflichtet hatten, eine bereits früher eingestellte Produktion künftig nicht wieder aufzunehmen. Maßgeblich für diese Entscheidung war, daß die betreffenden Artikel früher im eigenen Betrieb hergestellt worden waren, sodaß ihre Produktion jederzeit ohne nennenswerte Investitionen und ohne besondere Schwierigkeiten wieder aufgenommen werden konnte. Hinzu kam der Wunsch der Abnehmerseite, das geschlossene Sortiment von einem Lieferanten beziehen zu können, was einen ständigen Anreiz zur Wiederaufnahme der Produktion aller Putztucharten ausübte. Die Vertragspartner waren daher als potentielle Wettbewerber in der Herstellung des geschlossenen Putztuchsortiments anzusehen.

b3) Spezialisierung durch Kooperation im Bereich der
Forschung und Entwicklung

Eine in der Praxis häufige Form der Spezialisierung ist die Kooperation im Bereich der Forschung und Entwicklung. Die Spezialisierung in Forschung und Entwicklung unterfällt dem Kartellverbot, wenn der Forschungswettbewerb beschränkt wird. Nicht wettbewerbsbeschränkend sind dagegen der Erfahrungsaustausch zwischen Unternehmen mit ähnlicher Produktionsstruktur und die Verpflichtung zur Erteilung einfacher Patentlizenzen und Know how.

b4) Spezialisierung durch Verankerung einer bestehenden
Produktionsaufteilung

Eine wettbewerbsbeschränkende Spezialisierung liegt auch dann vor, wenn die bereits vorhandene Produktionsaufteilung rechtlich verankert wird.⁷¹⁾ Im Fall Filterplatten und Filter-

71) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 17 zu § 5a GWB;

rahmen⁷²⁾ sah das Bundeskartellamt die Vereinbarung, wonach die historisch gewachsene Aufteilung der Produktionsprogramme beibehalten wurde, als wettbewerbsbeschränkend an. Gleiches gilt im Falle Nieder- Hochdrucktechnik,⁷³⁾ wo eine Produktionsaufteilung entsprechend der jeweiligen Betriebsarten erfolgte.

b5) Die Beteiligten der Spezialisierungskooperation

An der Spezialisierungsvereinbarung brauchen nicht alle Partner im gleichen Umfang beteiligt zu sein. Im Falle Saunaanlagen hat das Bundeskartellamt eine Vereinbarung als wettbewerbsbeschränkend angesehen, wonach ein Elektrounternehmen, das bisher Saunaofen und im geringen Umfang auch Saunakabinen herstellte, auf die Herstellung von Saunakabinen verzichtete, während der Kooperationspartner, ein Möbelwerk, keinen Produktionsverzicht erklärte.⁷⁴⁾ Eine wettbewerbsbeschränkende Spezialisierungsvereinbarung liegt demgemäß bereits vor, wenn eine Vertragspartei einen Teil seines Produktionsprogramms zugunsten des anderen aufgibt, während der andere sich bereits auf den Teil beschränkt hatte, der ihm im Rahmen der Spezialisierung zugewiesen war.

b6) Spezialisierung auf verschiedenen Produktionsstufen

Die Spezialisierung braucht sich nicht auf die gleiche Produktionsstufe zu beziehen, sondern kann mehrere Fertigungsstufen umfassen. Im Falle Freiformschmiedestücke⁷⁵⁾ erfolgte die Arbeitsteilung auf zwei Fertigungsstufen. Während die Rohblöcke von beiden Unternehmen erschmolzen wurden, erfolgte das Schmieden, die 1. Fertigungsstufe, bei dem einen, die

72) WuW/E Bundeskartellamt 802,

73) WuW/E Bundeskartellamt 804,

74) WuW/E Bundeskartellamt 615 (Saunaanlagen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1968, S. 46;

75) WuW/E Bundeskartellamt 235, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 52 ;

mechanische Bearbeitung, die 2. Fertigungsstufe, beim anderen Unternehmen.

b/) Spezialisierung bei der Herstellung eines gemeinsamen Erzeugnisses

Eine weitere Form der Spezialisierung ist dann gegeben, wenn die Beiträge zu einem gemeinsamen Erzeugnis aufgeteilt werden.⁷⁶⁾ Hierbei werden im Kooperationsvertrag die Komponenten für die Herstellung des Gemeinschaftsprodukts aufgeteilt, wobei jeder Vertragsbeteiligte bestimmte Teile der Baureihe für alle Vertragsbeteiligten entwickeln und herstellen soll. Spezialisierungskartelle dieser Art sind häufig mit Kooperationsabreden im Bereich der Forschung und Entwicklung verbunden. Ein typisches Beispiel für eine Abrede dieser Art ist der Fall Großkälteanlagen.⁷⁷⁾ Hier haben drei Unternehmer eine Spezialisierungsvereinbarung getroffen, wonach die Entwicklung und Herstellung von Komponenten für Kälteanlagen untereinander aufgeteilt wurde. Jeder der Vertragspartner sollte bestimmte Typen der Bauelemente für alle drei Unternehmen entwickeln und herstellen.

b8) Blankettspezialisierungen

Von einer Blankettspezialisierung spricht man, wenn die der Spezialisierung unterliegenden Erzeugnisse im einzelnen nicht vertraglich festgelegt sind. Das kommt wie im Fall Container⁷⁸⁾ in der Praxis meist dann vor, wenn sich die Kooperationspartner auch hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung von Produkten binden und dabei vereinbaren, ihre Produktionsprogramme in der Zukunft auf bestimmte Gebiete zu beschränken,

76) s. Fn. 74; Büro- u. Zimmermöbel s. Fn. 65 a

77) WuW/E Bundeskartellamt 878, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 34;

78) WuW/E Bundeskartellamt 803, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 54;

sodaß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine Individualisierung noch nicht möglich ist.⁷⁹⁾

Einen interessanten Fall einer Blankettspezialisierung stellt die Vereinbarung von 10 Herstellern von Edelmetallerzeugnissen dar,⁸⁰⁾ ein Erzeugnis nicht selbst herzustellen, wenn die Möglichkeit besteht, es in gleicher Qualität aus der laufenden Produktion oder aus Lagerbeständen eines anderen beteiligten Unternehmens zu beziehen. Obwohl sich die Kartellmitglieder nicht dazu verpflichteten, nur noch bestimmte Erzeugnisse herzustellen und die Fertigung anderer Produkte einem anderen Kartellmitglied zu überlassen, was dem herkömmlichen Sinn der Spezialisierung entspräche, hat das Bundeskartellamt eine Spezialisierung bejaht. Schon in einer früheren Entscheidung des Bundeskartellamtes ist die Verpflichtung, außerhalb der Rentabilitätsgrenze liegende Kleinaufträge nicht auszuführen, wenn die Möglichkeit besteht, die bestellte Ware aus der Produktion oder dem Lager eines Vertragspartners aufzunehmen zu können, als Spezialisierung gewertet worden.⁸¹⁾ Eine Individualisierung im Sinne einer einzelvertraglichen Festlegung der Spezialisierungsprodukte ist nach der Rechtssprechung der deutschen Kartellbehörden entbehrlich, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich nicht möglich ist oder einer exakten Festlegung der Vertragsprodukte andere sachliche Gründe entgegenstehen.

b9) Stufenspezialisierungen

Von der Blankettspezialisierung ist die Stufenspezialisierung zu unterscheiden. Bei dieser Spezialisierungsform

79) Benisch, Spezialisierungskooperation, (DB 1967), S. 2059;

80) WuW/E Bundeskartellamt 584, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1967, S. 48 ;

81) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1965, S. 47 Nr. 3;

schreitet die Spezialisierung stufenweise fort. Im Fall Uhren⁸²⁾ haben 3 Uhrenhersteller für die erste Phase der Zusammenarbeit die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zum Zwecke der technischen Entwicklung von elektronischen Uhrwerken vereinbart. Die zweite Phase beginnt, sobald nach Abschluß der Entwicklungsarbeiten die Uhren serienmäßig hergestellt werden können. Dann wird die Fertigung der Uhren auf die Vertragsbeteiligten aufgeteilt.

Teilweise findet sich in der Literatur und den amtlichen Entscheidungen der Begriff der "Rahmenspezialisierung". Auch diese Spezialisierungsform ist, wie der Fall Werkzeughersteller⁸³⁾ zeigt, dadurch gekennzeichnet, daß eine ursprünglich allgemeine Kooperationsabrede später durch präzisere Abmachungen ausgefüllt wird. Im Falle Werkzeughersteller haben zwei Unternehmen einen Vertrag geschlossen, der lediglich den Rahmen der Spezialisierung absteckte. Dieser Rahmen sollte nach und nach durch Einzelvereinbarungen aufgefüllt werden. Die Unternehmen wurden vom Bundeskartellamt bereits bei der Anmeldung des Rahmenvertrages darauf hingewiesen, daß die Vereinbarung in jedem Fall, in der sie schrittweise erweitert wird oder durch weitere Verträge präzisiert wird, beim Kartellamt angemeldet werden muß. Auf diese Weise läßt sich verhindern, daß die Kartellpartner der ursprünglich unbedenklichen Kooperation durch weitere Verträge eine Gestalt geben, die nach dem deutschen Kartellrecht nicht genehmigungsfähig wäre. Rahmen- und Stufenspezialisierungen sind zwar terminologisch zu trennen, in der Praxis unterscheiden sie sich aber nicht; es erscheint daher auch entbehrlich, die Rahmenspezialisierung als eigenständige Gruppe auszuweisen.

82) WuW/E Bundeskartellamt 619, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1969, S. 67;

83) WuW/E Bundeskartellamt 1969 244, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1968, S.54;

Für den Begriff der Spezialisierung ist es zwar unerheblich, ob sich die Vereinbarung auf einen großen oder geringen Prozentsatz der Produktion der Beteiligten bezieht (Teil- oder Vollspezialisierung). Der Umfang der Spezialisierung wird jedoch bei der Prüfung der Frage bedeutsam, ob sich etwaige Zusatzabreden, die nicht als Spezialisierungsvereinbarungen gewertet werden können, auf die nicht spezialisierten Programmteile erstrecken dürfen. Bei der Entscheidung dieser Frage kommt es darauf an, ob die Einbeziehung der nicht spezialisierten Programmteile in die Zusatzabrede "zur Durchführung der Spezialisierung erforderlich" ist.⁸⁴⁾ Auf dieses Problem wird später noch im einzelnen eingegangen.

c) Branchenspezifische Kooperationsformen und Dauerwirkung der Spezialisierung

c1) Die Mindestmengenspezialisierung

Bestimmte Spezialisierungsformen sind branchenspezifisch, d.h., daß bestimmte Vertragsformen und Vertragsinhalte innerhalb der gleichen Branchen immer wieder vorkommen. In der textilverarbeitenden Industrie kommen häufig Mindestmengenvereinbarungen vor. Auch bei Mindestmengenvereinbarungen liegt eine, die Spezialisierung kennzeichnende Arbeitsteilung vor und zwar eine Aufteilung der Produktion nach Auftragsgrößen. Im Fall Zweizylinderspinnereien⁸⁵⁾ verpflichteten sich 11 Spinnereiunternehmen unrentable Kleinpartien nicht im eigenen Betrieb herzustellen, wenn die Möglichkeit bestand, entsprechendes Garn in der erforderlichen Menge aus der laufenden Produktion oder vom Lager eines Vertragspartners zu beziehen. Bedenken, diese Vereinbarung als Spezialisierungsvereinbarung im Sinne des § 5a GWB anzusehen, ergaben sich aus

84) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 20 zu § 5a GWB

85) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 53

dem vom Bundeskartellamt bestimmten Erfordernis, daß eine Spezialisierungsabrede auf Dauer angelegt sein muß. Im vorliegenden Fall war die Auftragsverteilung nicht auf Dauer festgelegt, sondern konnte sich von Fall zu Fall ändern, je nachdem, wer von den Kartellpartnern gerade die benötigte Ware produzierte. Denn nach der Kooperationsabrede behielt jeder der beteiligten Vertragspartner sein volles Sortiment bei. Die Partner legten sich aber dadurch auf Dauer fest, daß sie auf bestimmte Aufträge von vornherein verzichteten, wenn ein Partner die Aufträge aus der laufenden Produktion oder aus Lagerbeständen ausführen konnte. Die Dauerwirkung wurde zudem wie folgt vom Bundeskartellamt begründet:

Da die zur Erfüllung der einzelnen Aufträge erforderlichen Waren nicht jeweils gesondert produziert werden, sondern die Vertragspartner sich bei der Warenproduktion nach der allgemeinen Markt- und Auftragslage richten, werde ein Absinken der Monatsproduktion unter die im Kartellvertrag vorgesehenen Mengen und damit die Verpflichtung, das betreffende Rohgarn nicht mehr selbst herzustellen, sondern von einem Vertragspartner zu kaufen, in aller Regel nicht auf ein oder zwei Monate beschränkt bleiben, sondern über einen längeren Zeitraum andauern. Dies reiche für die Annahme einer Dauerwirkung aus.

Das Bundeskartellamt hat der Vereinbarung daher nicht widersprochen und damit anerkannt, daß auch nur fallweise eintretende Produktionsverzichte in Verbindung mit einer Arbeitsteilung als Spezialisierung anzusehen seien. In der gleichen Vereinbarung verzichteten die 11 Unternehmer zugleich auf eigene Produktion, wenn der Produktionsumfang sinken sollte. Auch diese Abrede wurde als Spezialisierungsvereinbarung angesehen, da sie wie eine herkömmliche Spezialisierung die Produktion unrentabler Kleinstmengen verhindert.

Eine entsprechende Mindestmengenvereinbarung wurde in den Fällen Buntspinnereien, Kammgarnspinnereien und Schlaf- und Reisedecken⁸⁶⁾ getroffen. Das Bundeskartellamt hat keiner der Vereinbarungen widersprochen.

c2) Auftragslenkung und Dauerwirkung der Spezialisierung

Das Problem einer auf Dauer angelegten Arbeitsteilung stellt sich wie bei den Mindestmengenabreden auch in den Fällen der Auftragslenkung. Es handelt sich dabei um Verträge, wonach eine Vertriebsstelle die Aufträge von Kunden der Vertragspartner je nach technischen Voraussetzungen und Umfang dem Partner zuteilt, der den Auftrag zur Zeit am besten ausführen kann. Bei Verträgen dieser Art findet ständig eine erneute Arbeitsteilung statt, die auf Dauer mehr und mehr zu einer echten Spezialisierung der Beteiligten auf bestimmte Produktionsbereiche führt. Solange sich die Partner aber nur verpflichtet haben, den Weisungen der Vertriebsstelle nachzukommen, weiterhin aber die Möglichkeit behalten, jederzeit die Fertigung des ganzen Programms aufzunehmen, ist das Vorliegen einer Spezialisierungsabrede im Hinblick auf die vom Bundeskartellamt geforderte Dauerwirkung zweifelhaft. Berücksichtigt man die Entscheidungen des Bundeskartellamtes zu den Mindestmengenvereinbarungen, in denen fallweise eintretende Produktionsverzichte in Verbindung mit einer Arbeitsteilung als Spezialisierungskooperation gewertet wurden, so wird man auch Kooperationsvereinbarungen, die eine Auftragslenkung beinhalten, als Spezialisierungsabreden anzusehen

86) WuW/E Bundeskartellamt 322 (Bunt-, Kammgarnspinnereien); Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 54; WuW/E Bundeskartellamt 806 (Schlaf- und Reisedecken); WuW/E Bundeskartellamt 952 (Buchbinderzeugstoffe), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 52;

haben.⁸⁷⁾ Ein Indiz dafür ist die Entscheidung der Hohen Behörde vom 21.7.1965, in der eine Vereinbarung, bei der die Aufträge nicht für Dauer sondern jeweils für ein Vierteljahr, in regelmäßigem Wechsel, einem Partner zugeteilt wurden,⁸⁸⁾ als einer Spezialisierungsvereinbarung streng analog angesehen wurde (Art. 65 § 2 EGKS).

d) Komplexe Spezialisierungskooperationen

Kooperationsvereinbarungen stellen häufig komplexe Gebilde dar, die nicht nur Spezialisierungsabreden, sondern auch sonstige Formen der Kooperation (kartellfreie und wettbewerbsbeschränkende) beinhalten. Auch Spezialisierungskartelle nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB sind in vielen Fällen mit Zusatzvereinbarungen, die keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, verbunden, sodaß ihre Zulassung nicht die Prüfung des § 5a Abs.1 Satz 2 erfordert.

In der EWG kommen Spezialisierungskartelle ohne Zusatzabreden, wie später noch ausführlich gezeigt wird, nur selten vor. Teilweise werden sogar mehrere Spezialisierungsabreden in einem Vertrag getroffen. Ein Beispiel dafür bildet der Fall

87) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 22 zu § 5a GWB, In den Fällen der Auftragslenkung und der Mindestmengenabreden stellt sich das Problem einer zu weitgehenden Ausdehnung des Begriffs der Spezialisierung. (s. dazu bereits oben S. 55, wo die Frage erörtert wurde, ob der Begriff der Spezialisierung auf den Bereich der Produktion beschränkt werden sollte). Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes scheint jedoch bislang die Abgrenzung von anderen, nicht der Spezialisierung unterliegenden Bereichen zu ermöglichen.

88) Entscheidung Nr. 11/65 (Stahlkarussell), In den untersuchten Entscheidungen der EWG (s. dazu S. 148 ff.) hat sich allerdings die Frage der Dauerwirkung von Spezialisierungskooperationen nicht gestellt.

"Pneumatische Förderer"⁸⁹⁾ In dem Kartellvertrag hatten zwei Hersteller pneumatischer Förder-, Homogenisier-, Dosier- und Verladeanlagen eine Spezialisierungsvereinbarung getroffen, nach der sich ein Partner schwerpunktmäßig auf dem Gebiet der Niederdrucktechnik, der andere überwiegend auf dem Gebiet der Hochdrucktechnik betätigen sollte. Da die Spezialisierungsprodukte vertraglich nicht individualisiert wurden, lag eine Blankettspezialisierung vor. Zusätzlich wurde vereinbart, die Herstellung einer Reihe von Konstruktionselementen, die im gesamten Verfahrensbereich der pneumatischen Förderanlagen benötigt wurden, unter sich aufzuteilen. Daneben enthielt der Vertrag ein Programm projektierter Konstruktionselemente, deren Entwicklung die Unternehmen gleichfalls unter sich aufgeteilt hatten. Die Kooperationsvereinbarung enthielt damit drei gesonderte Spezialisierungsvereinbarungen, deren Zulässigkeit zunächst jeweils isoliert und dann in ihrem Zusammenhang geprüft wurde. Das Bundeskartellamt hat dem angemeldeten Kartell nicht widersprochen, da durch den Vertrag eine leistungssteigernde Rationalisierung zu erwarten war, ohne eine unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.

e) Die Entwicklung der Anmeldung von Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB

Die Zahl der Anmeldungen von Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB verlief nicht kontinuierlich. Die Vorschrift des § 5a GWB, die am 1.1.1966 in Kraft getreten ist, sollte nach der Intention des Gesetzgebers die Mittelstandskooperation fördern. Diesem Ziel ist die Vorschrift nur teilweise gerecht geworden. Im Jahre 1966 wurden beim Bundeskartellamt 23 Spe-

89) WuW/E Bundeskartellamt 383, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 36 ;

zialisierungsvereinbarungen angemeldet. Die Zahl der jährlichen Anmeldungen ging aber bis 1968 auf 10 zurück; im Jahre 1975 liefen nur noch 5 Anmeldungen beim Bundeskartellamt ein. Gleichmaßen war die Zahl der Anmeldungen von Spezialisierungskartellen bei den Landeskartellbehörden rückläufig. Für den erheblichen Rückgang der Anmeldungen bis zum Jahre 1968 erscheint u.a. das Inkrafttreten des Mehrwertsteuergesetzes maßgeblich gewesen zu sein. Vorher konnten Kollegenlieferungen rechtswirksamer Spezialisierungskartelle von der Brutto-Allphasen-Umsatzsteuer befreit werden.⁹⁰⁾ Diese Möglichkeit der Steuerbefreiung bildete einen starken Anreiz zum Abschluß von Spezialisierungsverträgen. Mit dem Mehrwertsteuergesetz war diese Möglichkeit der Steuerbefreiung entfallen. Im übrigen darf aus dem Rückgang der Anmeldungen nicht auf eine Verringerung der Zahl wettbewerbsbeschränkender Abreden geschlossen werden. Vielmehr verleiten Lücken im Gesetz zu Kooperationen im sog. kartellfreien Raum und zur Abstimmung des Marktverhaltens.⁹¹⁾

Die Vorschriften, welche die Unternehmenskooperation kleiner und mittlerer Unternehmen erleichtern sollen, werden von der mittelständischen Wirtschaft nur zögernd in Anspruch genommen. Maßgeblich hierfür ist u.a. die familienbezogene Struktur der Unternehmen, mit dem ein Verzicht auf Produktionseinheiten zugunsten des Partnerunternehmens unvereinbar erscheint. Hinzu kommt die teilweise zu geringe finanzielle Basis der Unternehmen, die das Risiko einer Unternehmenskooperation häufig als wirtschaftlich unannehmbar erscheinen läßt. Im übrigen ist die Aufklärung der mittelständischen Wirtschaft über

90) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1968, S. 10

91) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1972; S. 12

Möglichkeiten der Unternehmenskooperation trotz der bisherigen Bemühungen noch immer unzureichend.

Die Vorgehalte der mittelständischen Wirtschaft gegenüber Spezialisierungskooperationen sind aber nicht nur psychologisch bedingt. Die Verringerung ihrer Produktionsbreite ist für die beteiligten Unternehmen mit einem erheblichen Risiko verbunden. Eine relativ kurzfristige Anpassung an Verschiebungen in der Nachfragekonstellation ist Spezialisierungsbetrieben nur in Grenzen möglich. Daraus folgt, daß sie stärker von konjunkturellen und strukturellen Nachfrageänderungen betroffen werden können, als Betriebe mit einem breiteren Fertigungsprogramm.

f) Formen der Spezialisierung im Rahmen des § 5b GWB

Im Rahmen des § 5b GWB haben sich keine gegenüber § 5a GWB eigenständigen Spezialisierungsformen entwickelt. Die bei § 5a auftretenden Formen finden sich auch bei § 5b GWB. Ein Unterschied zeigt sich aber insoweit, als Spezialisierungskooperationen nach § 5b GWB eine gleichförmigere Vertragsgestaltung aufweisen, als die nach § 5a GWB angemeldeten Verträge. Individuell gestaltete Verträge finden sich bei § 5b GWB selten. Die Individualität der Vereinbarungen erhöht sich in dem Maße, in dem sich nicht nur kleine oder mittlere, sondern marktstarke Unternehmen an der Kooperation beteiligen. Im übrigen besteht von Seiten der Kartellbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit von Kartellen nach § 5b GWB keine Veranlassung, Spezialisierungskooperationen von den übrigen wettbewerbsbeschränkenden Formen zwischenbetrieblicher Kooperation zu unterscheiden, da nach § 5b GWB alle Formen der Unternehmenskooperation zulässig sind, soweit sie der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge ohne wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dienen und die Leistungsfähigkeit

kleiner oder mittlerer Unternehmen fördern. Im übrigen enthält der Tatbestand des § 5b GWB den Begriff der Spezialisierung nicht.

g) Spezialisierungsformen in der EWG⁹²⁾

Der Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 und 3 EWG-Vertrag enthält den Begriff der Spezialisierung nicht. Insoweit gleicht die Vorschrift § 5b GWB. Nach der Generalklausel des Art. 85 Abs. 1 EWGV sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verboten. Nach der Generalklausel des Art. 85 Abs. 3 EWGV ist eine Freistellung von diesem grundsätzlichen Verbot möglich. Spezialisierungsabreden werden nach dem EWG-Vertrag nicht besonders privilegiert. Dennoch hat die Frage, ob eine bestimmte Kooperationsvereinbarung als Spezialisierungskooperation zu beurteilen ist, in der Praxis große Bedeutung, da auch innerhalb der EWG Spezialisierungskartelle unter erleichterten Voraussetzungen zugelassen werden können.

g1) Die Gruppenfreistellungsverordnung und die VO Nr. 1821/71

Die Kommission hat am 21.12.1972 die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen⁹³⁾ erlassen. Am 20.12.1971 ist die VO 1821/71 des Rates über die Befreiung von der Anmeldepflicht für Spezialisierungsabreden ergangen. In beiden Verordnungen kommt es auf die Frage, ob Unternehmenskooperationen als Spezialisierungsvereinbarungen gelten können, entscheidend an. Im übrigen zeigt die Praxis der Zu-

92) Zu den Kooperationsformen in der EWG allgemein: s. Fikentscher, Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen, Europees Kartellrecht (1967-1968), S. 200 ff.

93) s. Fn. 28

lassung von Spezialisierungskartellen innerhalb der EWG, daß diese Kooperationsform die Vermutung erhöhter Zulässigkeit für sich hat.

Die Klärung der Frage, ob eine Kooperationsabrede als Spezialisierungskartell anzusehen ist, ist daher auch nach der Rechtslage der EWG nicht nur von theoretischer Bedeutung. In der EWG haben sich keine wesentlich anderen Spezialisierungsformen entwickelt, als im Bereich des deutschen Kartellrechts. Dennoch weisen die europäischen Spezialisierungsoperationen Besonderheiten gegenüber den deutschen Spezialisierungskartellen auf.

g2) Spezialisierungsformen in den Entscheidungen der Kommission

Spezialisierungsvereinbarungen, die nach dem Kartellrecht der EWG zu beurteilen sind, werden häufig mit anderen Absprachen verbunden, die nicht als Spezialisierung angesehen werden können. Der bei § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB typische Fall der Arbeitsteilung mit Kollegenlieferung kommt in dieser Form innerhalb der EWG seltener vor, als im Bereich des deutschen Kartellrechts. Die Verträge sind grundsätzlich komplexer und gehen in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung über Vereinbarungen nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB, § 5b GWB hinaus. Die vertragschließenden Unternehmen haben zumeist ein erheblich größeres wirtschaftliches Gewicht als die vergleichbaren Kartellpartner von Verträgen nach §§ 5a Abs. 1 Satz 2, 5b GWB. Die größere wirtschaftliche Bedeutung der Kartellpartner in der EWG resultiert aus der Tatbestandsfassung des Art. 85 Abs. 1 EWGV. Danach muß die Unternehmenskooperation zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Da der Markt der EWG größer ist als der der BRD muß das Gewicht

der beteiligten Unternehmen in der EWG bedeutender sein, um eine spürbare wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Bei dieser Feststellung ist allerdings, wie bereits erwähnt, zu berücksichtigen, daß wegen der Befreiung von der Anmeldepflicht innerhalb der EWG nicht sämtliche Spezialisierungskooperationen erfaßt werden,⁹⁴⁾ während nach der Rechtslage der BRD alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zumindest anmeldepflichtig sind. Da nach der Verordnung (EWG) Nr. 2322/71 Kooperationsvereinbarungen nur anmeldepflichtig sind, wenn die spezialisierten Vertragserzeugnisse in einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes mehr als 15 % des Umsatzes mit gleichen oder gleichartigen Erzeugnissen ausmachen, ist nicht zu vermeiden, daß zumindest ein Teil der Kooperationen unterhalb dieser Schwelle unbekannt bleibt. Es ist daher nicht auszuschließen, daß es auch innerhalb der EWG eine Reihe von Spezialisierungskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen gibt, die wegen der Freistellung von der Anmeldepflicht nur nicht in Erscheinung treten. Die tatsächliche Unternehmensstruktur der kooperierenden Unternehmen in der EWG ist daher mit der statistisch erfaßten nicht notwendig identisch.

Wenn auch die Unternehmensstruktur der europäischen Kartellpartner mit den deutschen Unternehmen kaum vergleichbar ist, so zeigen sich doch im deutschen und europäischen Kartellrecht ähnliche Kooperationsformen.

g2.1) Teil- und Vollspezialisierung in der Produktion

Die Vereinbarung einer Arbeitsteilung bei Partnern mit ganz oder teilweise identischen Produktionsprogrammen findet sich

94) s. Fn. 27, 28

auch innerhalb der EWG. Beispielhaft sei hier der Fall Bayer/Gist Brocades erwähnt.⁹⁵⁾ Nach dem Kooperationsvertrag verzichtete Bayer auf die Herstellung von Rohpenicillin, Gist Brocades auf die Herstellung von 6-Aminopenicillinsäure, wobei die Unternehmen unter Vereinbarung von Kollegenlieferung einen Teil ihrer Produktion aufgaben. Die im deutschen Kartellrecht häufigste Form der Spezialisierungskooperation ist damit auch in der EWG anzutreffen.

Bei Kooperationsverträgen in der EWG ist regelmäßig die Spezialisierung durch Arbeitsteilung mit anderen wettbewerbsbeschränkenden Abreden verbunden. (z.B. wettbewerbsbeschränkende Forschungskooperation) Der Fall Feinpapier⁹⁶⁾ ist einer der wenigen bekannt gewordenen Fälle, in dem ausschließlich eine Arbeitsteilung durch Produktionsbeschränkung verabredet wurde.

g2.2) Produktionsaufteilung mit Kollegenlieferung

Die Notwendigkeit, auch nach der Spezialisierung das gesamte Warensortiment anbieten zu können, führt zur Verabredung von Kollegenlieferungen. Beispielhaft sei dazu der Fall Jaz/Peter erwähnt.⁹⁷⁾ In der Kartellabsprache verpflichtete sich Peter zur Herstellung mechanischer Großwecker und Jaz zur Produktion elektrischer Wanduhren und Wecker. Beide Parteien verzichteten auf die Herstellung der Waren, die der andere Produzierte. Zur Ergänzung ihres Warensortiments vereinbarten sie Kollegenlieferungen. Jeder Vertragspartner hatte dem anderen die Waren zu liefern, auf dessen Herstellung er in der Spezialisierungskooperation verzichtet hatte.

95) WuW/E Kommission 1976, 401, Kommission Wettbewerbsbericht 1975, S. 53

96) Kommission Wettbewerbsbericht 1972, S. 48, ABLEG 10.8.1972 L 182, S. 26

97) Kommission Wettbewerbsbericht 1971, S. 46, ABLEG 22.7.1969 L 195, S. 5

g2.3) Spezialisierung durch Verankerung der bestehenden Unternehmensstruktur

Eine charakteristische Form der Spezialisierung, die sich sowohl in der EWG als auch in der BRD findet, ist die Vereinbarung, die historisch gewachsene Aufteilung von Produktionsprogrammen auf Dauer beizubehalten. Durch die Zementierung der jeweiligen Betriebsstruktur tritt eine nicht nur vorübergehende wettbewerbsbeschränkende Wirkung ein. Als Beispiel für den Bereich der EWG ist auf den Fall FN/CF hinzuweisen.⁹⁸⁾ Die Vertragspartner verzichteten auf die Herstellung von Munition, die bisher im Schwerpunkt vom anderen Partner hergestellt wurde, zugleich spezialisierte sich FN auf die Produktion hochwertiger, CF auf die Herstellung preiswerter Patronen. Neben der Spezialisierung im Bereich der Produktion vereinbarten die Partner zusätzlich eine Spezialisierung in der Entwicklung neuer Munition.

Die Spezialisierung in Form der rechtlich verbindlichen Verankerung einer bereits vorhandenen Produktionsaufteilung findet sich auch im Fall Rank/Sopelem.⁹⁹⁾ Nach der Spezialisierungsvereinbarung verzichteten die Vertragspartner auf die Entwicklung und Herstellung von Produkten, die bereits der andere Partner herstellte. Der Verzicht erstreckte sich auf ein Gebiet, in dem der Verzichtende zwar bisher noch nicht produzierte, jedoch die Möglichkeit dazu hatte, sodaß potentieller Wettbewerb anzunehmen war.

98) ABLEG 20.6.1971 L 134, S. 6, Kommission Wettbewerbsbericht 1971, S. 48

99) WuW/E Kommission 809, Kommission Wettbewerbsbericht 1974, S. 63

g2.4) Spezialisierung in Forschung und Entwicklung

Spezialisierungsabreden in Forschung und Entwicklung finden sich bei europäischen und deutschen Kartellen. Ein besonders interessanter Fall im Bereich der EWG ist der Fall ACEC/ Berliet:¹⁰⁰⁾ In diesem Kooperationsvertrag vereinbarten die beiden beteiligten Unternehmen die Neuentwicklung eines elektrisch angetriebenen Omnibusses. Während ACEC für die Entwicklung eines allgemeinen Antriebssystems vertraglich zuständig war, verpflichtete sich Berliet einen Omnibus zu entwickeln, der zu diesem Antriebssystem paßt.

Ähnlichkeit mit dieser Vertragsgestaltung hat die Vereinbarung im Falle MAN/SAVIEM:¹⁰¹⁾ Der Vertrag war trotz der inzwischen in Kraft getretenen Gruppenfreistellungsverordnung wegen seiner Größenordnung anzumelden. Im Kartellvertrag verpflichteten sich die Vertragspartner zur Entwicklung einer gemeinsamen Typenreihe von Lastwagen. SAVIEM übernahm die Federführung für die mittlere, MAN für die schwere Typenreihe. Jeder verzichtete auf die Entwicklung der Typenreihe, die in den Zuständigkeitsbereich des anderen fiel.

Wie der Fall SFMP¹⁰²⁾ zeigt, ist eine Spezialisierung in Forschung und Entwicklung nicht nur dann zulässig, wenn die Neuentwicklung von Produkten auf verschiedene Unternehmen aufgeteilt wird, sondern auch dann, wenn sie in einem Gemeinschaftsunternehmen konzentriert wird. Französische Rohstahlerzeuger hatten die Gründung einer SA, nämlich der SFMP,

100) ABLEG 17.7.1968 L 201, S. 8, Bull.EG, Nr. 9/10 (1968) S. 17;

101) ABLEG 17.1.1972 L 31, S. 29, Kommission Wettbewerbsbericht 1972, S. 47

102) WuW/E Kommission 1976, 53 (SFMP), Bull.EG, Nr. 7/8 (1975) S. 31

die die Entwicklung und Errichtung von Anlagen für den Betrieb von Direktreduktionsanlagen zur Aufgabe erhielt, vereinbart. Eine ähnliche Anlage hatte bisher in Frankreich noch nicht bestanden.

Spezialisierungen zur Entwicklung neuer Produkte oder Produktionsmethoden sind volkswirtschaftlich besonders wertvoll. Die hierfür erforderlichen Kosten sind jedoch häufig angesichts des Entwicklungsrisikos von einem Unternehmen allein kaum noch zu tragen, auch wenn es sich um Weltfirmen wie MAN oder SAVIEM handelt. Während die typische Spezialisierung durch Arbeitsteilung lediglich der Kostensenkung der einzelnen Unternehmen dient, kommt die Entwicklung neuer Produkte und Produktionsmethoden der gesamten Volkswirtschaft in besonderem Maße zugute. Der besondere volkswirtschaftliche Wert von Spezialisierungskooperationen in Forschung und Entwicklung erklärt die erhöhte Vermutung der Zulässigkeit, die derartige Kooperationen für sich haben. Soweit erkennbar, ist bisher keine einzige Spezialisierungskooperation im Bereich der Forschung und Entwicklung untersagt worden, auch wenn sehr intensive Kooperationsformen gewählt wurden.

g2.5) Spezialisierung durch Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs

Eine Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn die Kartellpartner auf die Herstellung von Waren verzichten, die sie aufgrund ihrer finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit produzieren könnten. Eine Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs liegt im Fall Sopelem/Langen¹⁰³⁾ vor. Die Vertragspartner hatten

103) ABLEG 20.2.1971 L 13, S. 47, Kommission Wettbewerbsbericht 1971, S. 46

sich verpflichtet, neue Geräte, die mit bereits hergestellten Produkten in Wettbewerb treten würden, nicht zu entwickeln. Da beide Vertragsparteien zur Neuentwicklung in der Lage gewesen wären, lag ein Wettbewerbsverzicht unter potentiellen Wettbewerbern vor.

Der Fall enthält aber nicht nur eine interessante Spezialisierungsvereinbarung, sondern zeigt auch, daß Kooperationsabreden nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ist nicht nur die gesamtwirtschaftliche Situation zu berücksichtigen, sondern auch die Frage, an wievielen Kooperationen ein Unternehmen beteiligt ist. Dies ist aber nur möglich, wenn sämtliche Kartelle wie im deutschen Kartellrecht registriert werden. Die Firma Sopelem hatte mindestens zwei Kooperationsverträge mit verschiedenen Vertragspartnern geschlossen. Beide Verträge waren daher in ihrem Zusammenhang zu sehen, um zu einer sachgerechten Beurteilung der Wettbewerbssituation zu gelangen. Da das europäische Wettbewerbsrecht, wie erwähnt, Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen häufig nicht registriert, wird die erforderliche Gesamtbetrachtung erschwert.

Einen weiteren Fall der Beschränkung potentiellen Wettbewerbs bildet der Fall KEWA:¹⁰⁴⁾ Die Vertragspartner hatten die gemeinsame Errichtung einer Großanlage zur kommerziellen Wiederaufbereitung von Kernbrennstoffen unter der Voraussetzung vereinbart, daß eine angemessene Rendite zu erwarten war. Der Vertrieb der Erzeugnisse sollte gemeinsam erfolgen. Zu diesem Zweck wurde eine gemeinsame Gesellschaft gegründet. Die Vertragspartner verpflichteten sich, in den genannten

104) WuW/E Kommission 1976, 535 (KEWA), Kommission Wettbewerbsbericht 1976, S. 66

Bereichen nur über die Gesellschaft tätig zu werden. Obwohl die Vertragspartner bisher keine effektiven Konkurrenten am Markt waren, wurde von der Kommission potentieller Wettbewerb bejaht, da alle vier Partner die Wiederaufbereitungstechnologie beherrschten.

g2.6) Hinweis auf Spezialisierungskooperationen in der Montanunion

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich grundsätzlich nur mit Spezialisierungskooperationen in der EWG und im deutschen Kartellrecht. Wegen des Sachzusammenhangs soll jedoch auf zwei Spezialisierungskartelle in der Montanunion hingewiesen werden. Beide Kartelle verdienen wegen ihrer besonderen Konstellation erwähnt zu werden.

Eine interessante Form der Spezialisierung findet sich im Fall Walzstahl.¹⁰⁵⁾ Nach dem Kartellvertrag vereinbarten acht rheinisch-westfälische Unternehmen der Stahlerzeugung eine Spezialisierung, die von der Kommission nach Art. 65 § 2 EGKS genehmigt wurde. Die beteiligten Stahlerzeuger verabredeten die Abstimmung der Produktionsprogramme, den gegenseitigen Verzicht auf die Herstellung bestimmter Erzeugnisse und Abmessungen, den turnusmäßigen Wechsel der Produktion von bestimmten Stahlabmessungen und den gegenseitigen Verzicht auf die Inbetriebnahme neuer Walzstraßen.

Eine Spezialisierung kann nicht nur in der Weise getroffen werden, daß die Spezialisierungspartner gegenseitig eine Arbeitsteilung vereinbaren.¹⁰⁶⁾ Sie kann auch dadurch erfolgen, daß über ein von den Gesellschaftern gegründetes Unternehmen

105) WuW/E Kommission 1972, 335 (Walzstahl)

106) ABLEG 22.7.1969 L 195, S. 1, Kommission Wettbewerbsbericht 1971, S. 46 (Clima Chappée)

die Spezialisierung durchgeführt wird. Ein Beispiel hierfür ist der Fall "Servicelager for Jernbranchen".¹⁰⁷⁾ In dem Spezialisierungsvertrag vereinbarten die Vertragspartner (zehn dänische Stahlerzeuger) die Gründung einer Gesellschaft "Servicelager for Jernbranchen AS", in der die Vertragspartner Gesellschafter waren. Die Gesellschaft übernahm für ihre Gesellschafter das Zerschneiden von Warmbreitband und Blechen. Die von der Gesellschaft durchgeführte Tätigkeit des Zerschneidens ist als Spezialisierung des gemeinsamen Unternehmens auf eine Tätigkeit anzusehen, auf die die beteiligten Unternehmer verzichtet haben.

Mit dem Hinweis auf Entscheidungen im Bereich des MUV wird die Beschreibung der Spezialisierungsformen abgeschlossen. Als ihr wesentliches Ergebnis ist einerseits die Vielfalt der in der Entscheidungspraxis feststellbaren Vertragsgestaltungen festzuhalten. Andererseits lassen sich aber bestimmte typische Gestaltungsformen feststellen, die sich sowohl im Bereich des deutschen Kartellrechts, als auch in der EWG finden. Eine Reihe von Verträgen läßt sich allerdings keiner bestimmten Gruppe zuordnen. Diese Vereinbarungen sind durch die besondere Unternehmensstruktur der Vertragsparteien bedingt.

IV. Die Praxis der Genenmigung von Spezialisierungskartellen nach §§ 5a, 5b GWB

1) Die Auslegung des § 5a GWB in der Praxis der deutschen Kartellbehörden

a) Spezialisierungskartelle vor dem Inkrafttreten des § 5a GWB

Nach der Fassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

107) WuW/E Kommission 1974, 354

aus dem Jahre 1957 waren Spezialisierungskartelle lediglich ein Unterfall der einfachen Rationalisierungskartelle nach § 5 Abs. 2 Satz 3 GWB. Im Gesetz waren die Spezialisierungskartelle nicht besonders erwähnt. § 5 Abs. 2 und 3 GWB umfaßte vor der Kartellnovelle drei besondere Arten von Rationalisierungskartellen, die in der Rechtslehre meistens als höherstufige Rationalisierungskartelle zusammengefaßt wurden:

Kartelle mit Preisabreden, die Syndikate und die Spezialisierungskartelle.

Nachdem sich in der Praxis gezeigt hatte, daß Spezialisierungskartelle etwas wesentlich anderes sind, als die beiden zuerst genannten, wurden sie bei der Novellierung des GWB aus dem § 5 GWB herausgenommen und im § 5a GWB einer besonderen und wesentlich erleichterten Regelung zugeführt.¹⁰⁸⁾ Vor der Geltung des § 5a GWB waren nur wenige Erlaubnisansträge für Spezialisierungskartelle gestellt worden. Das lange Erlaubnisverfahren schreckte ab, zudem mußte nachgewiesen werden, daß durch die Spezialisierung der Wettbewerb auf dem Markt nicht ausgeschlossen wurde, ein Nachweis, der in vielen Fällen von den Unternehmern nur schwer zu erbringen war. Bis zum Inkrafttreten des § 5a GWB bestanden acht nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB erlaubte Kartelle, bei denen das Schwergewicht auf der Spezialisierung lag. Es sind dies die Entscheidungen Drehbänke (VOF), Gesellschaftsreisen I und II, Langfräsmaschinen und Vakuumtechnik, Armaturen (VAG), Hydromechanik, PVC Abflußrohre und Ruhrstickstoff. Von diesen 8 Kartellverträgen wurden die Fälle Drehbänke (VOF), Armaturen (VAG) und PVC Abflußrohre nach § 5a angemeldet.

108) Langen u.a., Kommentar zum Kartellgesetz, (1977), Anm. 36 zu § 5 GWB

Nach dem erleichterten Verfahren aufgrund der vom Bundeskartellamt erlassenen Verwaltungsgrundsätze aus dem Jahre 1963 wurden bis zum Inkrafttreten des § 5a GWB ebenfalls acht Spezialisierungskartelle zugelassen: es sind dies die Fälle Arbeitsschutzkleidung, Baumwollspinner I, Bettwäsche, Buntspinnereien, Decken I, Kammgarnspinner, Sisalkordel I und Syntrigarne. Von diesen wurden die Fälle Baumwollspinner I, Buntspinnereien, Kammgarnspinner, Sisalkordel I und Syntrigarne nach § 5a GWB angemeldet.¹⁰⁹⁾

b) Zur Entwicklungsgeschichte des § 5a GWB

Auf die Entwicklungsgeschichte des § 5a GWB soll nicht näher eingegangen werden, da sie ohne Bedeutung für die Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden zu § 5a GWB ist. Nachdem sich gezeigt hatte, daß insbesondere von der mittelständischen Wirtschaft kaum Erlaubnisanträge nach § 5 GWB gestellt wurden, sind bereits kurz nach Inkrafttreten des § 5 GWB Änderungswünsche laut geworden. Nach einer langwierigen, teilweise äußerst beschwerlichen Gesetzesentwicklung trat der neue § 5a GWB am 1.1.1966 in Kraft.¹¹⁰⁾

c) Einfache Spezialisierungskartelle nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB

Der Tatbestand des § 5a GWB differenziert zwischen einfachen Spezialisierungsabreden (§ 5a Abs. 1 Satz 1) und Spezialisierungen mit Zusatzabreden (§ 5a Abs. 1 Satz 2). Für einfache Spezialisierungsabreden reicht es nach dem Gesetzeswortlaut aus, daß die Rationalisierung durch Spezialisierung erfolgt

109) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 1 vor § 5 GWB

110) Vergleiche, die Darstellung zur langwierigen Gesetzesentwicklung bei Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 2 - 6 zu § 5a GWB

und ein wesentlicher Wettbewerb am Markt bestehen bleibt. Bei den Spezialisierungskooperationen nach § 5a Abs. 1 Satz 2 müssen die Zusatzabreden "zur Durchführung der Spezialisierung erforderlich" sein.

Für die einfachen Spezialisierungskartelle ist nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB erforderlich, daß der Vertrag oder Beschluß die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung zum Gegenstand hat. Die Spezialisierung muß der Rationalisierung dienen, indem sie ein wesentliches Mittel zur Rationalisierung bildet. § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB erfaßt zwar nur die "einfachen Spezialisierungskartelle". In ihren Anwendungsbereich fallen aber nach allgemeiner Ansicht nicht nur wettbewerbsfreie Zusatzvereinbarungen, sondern auch solche wettbewerbsbeschränkenden Zusatzabreden, die sachlicher Bestandteil der Spezialisierungsabrede sind. Dies ist der Fall, wenn die Spezialisierungsvereinbarung ohne die zusätzlichen Abreden sinnlos wäre.¹¹¹⁾ Ein Rückgriff auf § 5a Abs. 1 Satz 2 ist nur nötig, wenn das Spezialisierungskartell auch ohne zusätzliche Vereinbarungen eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung bilden würde.

d) Untersuchung der Spruchpraxis des Bundeskartellamtes zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 5a GWB

Ehe die Tatbestandsmerkmale des § 5a GWB im einzelnen untersucht werden, ist eine Klarstellung zu treffen, die für die ganze vorliegende Arbeit gilt. Die Überprüfung einer Vorschrift nach einzelnen Tatbestandsmerkmalen darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Beurteilung einer Kooperationsvereinbarung nach dem gesamten Sinn und Zweck der Vorschrift zu erfolgen hat, wobei die einzelnen Tatbestände in engem Zusammenhang stehen und häufig ineinander übergehen.

111) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 14 zu § 5a GWB

Die Praxis des Bundeskartellamtes ist zwar gekennzeichnet durch das Bemühen, jedem einzelnen Begriffsmerkmal das gleiche Gewicht zu geben, versäumt aber dann nicht, die angewandte Rechtsnorm in ihrem Gesamtzusammenhang zu sehen und die in Frage stehende Kooperationsvereinbarung einer Gesamtbeurteilung zu unterziehen.¹¹²⁾

Auch wenn sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit eine einheitliche Rechtssprechung der Kartellbehörden zu bestimmten Tatbestandsmerkmalen ergibt, ist Vorsicht vor der Annahme einer starren Spruchpraxis geboten. Das gilt sowohl für Entscheidungen im Bereich der EWG als auch im Bereich des deutschen Kartellrechts. Es sind immer die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles zu berücksichtigen; vor Verallgemeinerungen muß gewarnt werden.

d1) Rationalisierung durch Spezialisierung

Der Tatbestand des § 5a Abs. 1 Satz 1 erfordert, daß sich aus der Spezialisierung eine rationalisierende Wirkung ergibt. Der Begriff der Rationalisierung ist mit dem in § 5 Abs. 1 GWB identisch; insoweit wird auf die umfangreiche Rechtssprechung und Literatur hierzu hingewiesen.¹¹³⁾

Von diesem Rationalisierungsbegriff ist auch bei der Auslegung des § 5a GWB auszugehen. Nach der Entscheidungspraxis

112) ebenso Langen u.a., Kommentar zum Kartellgesetz, (1977), Anm. 14 zu § 5 GWB

113) s. dazu z.B. Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 13 zu § 5a GWB, Nach der langjährigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes wurde der Begriff der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge auf Fälle beschränkt, in denen unter Anwendung des ökonomischen Prinzips durch innerbetriebliche Maßnahmen das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag verbessert wird.

des Bundeskartellamtes ist der Rationalisierungseffekt einer Spezialisierung regelmäßig zu bejahen, da sie meistens zu einer Kostendegression bei den beteiligten Unternehmen führt. In den Entscheidungen des Bundeskartellamtes sind bisher nur zwei Fälle bekanntgeworden, in denen der Rationalisierungseffekt einer Spezialisierung verneint wurde.

Im Fall Schirme¹¹⁴⁾ hatten neun Hersteller von Schirmen für eine bestimmte Taschenschirmart einen Spezialisierungsvertrag geschlossen, wonach sie von demselben Vorlieferanten die Gestelle für die Vertragswaren beziehen sollten. Der Vorlieferant verfügte über einen Bestand von Patenten, Gebrauchsmustern und Warenzeichen und hatte durch Lizenzverträge mit den Schirmerstellern die Abgabepreise für Taschenschirme gebunden. Infolgedessen waren die Schirmfabrikanten gehindert, die sich aus der Spezialisierung ergebenden Rationalisierungserfolge an ihre Abnehmer weiterzugeben. Da das Bundeskartellamt aus diesem Grunde einen Widerspruch erwog, wurde die Anmeldung zurückgezogen.

Der zweite Fall, in dem vom Bundeskartellamt die rationalisierende Wirkung der Spezialisierung verneint wurde, betrifft eine Abrede von vier Großunternehmen auf dem Gebiet der Bauindustrie.¹¹⁵⁾

Der Kartellvertrag sah eine Aufteilung des Produktionsprogramms und der Lagerhaltung unter den Beteiligten sowie den gemeinschaftlichen Vertrieb der Vertragserzeugnisse über eine Tochtergesellschaft vor. Die Aufteilung des Produktionsprogramms ging nicht nennenswert über das bereits bestehende

114) WuW/E Bundeskartellamt 30, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1973, S. 97;

115) Betonrammpfähle, s. Fn. 14

Maß an Arbeitsteilung hinaus und ließ kaum Kosteneinsparungen zu. Das Bundeskartellamt hatte daher erhebliche Zweifel, ob der angemeldete Vertrag die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung zum Gegenstand hatte. Für die Beteiligten standen die Vorteile im Vordergrund, die sie von dem gemeinsamen Vertrieb zu einheitlichen Preisen und unter Berücksichtigung fester Lieferanteile, sowie von einer Rationalisierung durch die Auftragslenkung über das gemeinschaftliche Vertriebsunternehmen erwarteten. Ein Kartellvertrag der Spezialisierungsabreden enthält, hat aber die Rationalisierung durch Spezialisierung nur dann zum Gegenstand, wenn die Beteiligten den Vertrag wegen der gerade durch die Spezialisierung erreichbaren Vorteile abschließen und nicht etwa zu dem Zweck, in ihm enthaltene Preis- oder Syndikatsabreden im vereinfachten Zulassungsverfahren legalisieren zu können. Das Bundeskartellamt hat daher darauf hingewiesen, daß der Vertrag nicht den Voraussetzungen des § 5a GWB entspricht. Die Anmeldung wurde darauf vor Ablauf der Widerspruchsfrist zurückgenommen.¹¹⁶⁾

Es handelt sich um die beiden einzigen bekanntgewordenen Fälle, in denen das Bundeskartellamt den Rationalisierungseffekt einer Spezialisierung verneinte.

116) Der Widerspruch des Bundeskartellamtes wurde nicht nur mit dem mangelnden Rationalisierungseffekt der Spezialisierung begründet; das Bundeskartellamt hat die Erforderlichkeit der Vertriebsvereinbarung und das Bestehenbleiben ausreichenden Wettbewerbs verneint. s.a. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 49, wo einer Vereinbarung von Herstellern klimatechnischer Anlagen über den Ausgleich von Projektierungskosten die rationalisierende Wirkung abgesprochen wurde.

d1.1) Begründung des Bundeskartellamtes zur rationalisierenden Wirkung der Spezialisierung

Das Bundeskartellamt hat in den untersuchten Entscheidungen das Bestehen eines Rationalisierungseffekts im wesentlichen folgendermaßen begründet:

Die vereinbarte Arbeitsteilung ermögliche den Abbau umfangreicher Materiallager, da die vom Kartellpartner herzustellenden Produkte nicht mehr auf Lager gehalten werden mußten.¹¹⁷⁾ Die Notwendigkeit des häufigen Umrüstens von Betriebsanlagen entfalle wegen der Fertigung größerer Produktionseinheiten¹¹⁸⁾ und der damit verbundenen Reduzierung der Typenzahl. Die durch die Arbeitsteilung ermöglichte Produktionsausweitung führe zu einer günstigeren Kapazitätsausnutzung des Maschinenparks mit der Folge geringerer Fixkosten im Herstellungsbereich.¹¹⁹⁾

d1.2) Rationalisierende Wirkung bei Mindestmengenspezialisierungen

Bei den sog. Mindestmengenspezialisierungen liegt die Rationalisierungswirkung nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes darin, daß die Produktion von unrationellen Kleinpartien unterbleibt und Lagerkosten erspart werden.¹²⁰⁾ Eine Rationalisierung wurde auch in den Fällen bejaht, in denen keine starren Produktionsaufteilungen, sondern fallweise eintretende Produktionsverzichte in Verbindung mit Arbeitsteilung vereinbart wurden.¹²¹⁾

117) WuW/E Bundeskartellamt 807, (Vakuummetallurgische Anlagen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 38;

118) s. Fn. 117

119) WuW/E Bundeskartellamt 806 (Elektrische Glühlampen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 38;

120) Buchbinderzeugstoffe, s. Fn. 86

121) Zweizylinderspinnereien, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 53

d1.3) Hinweis des Bundeskartellamtes auf fehlende rationalisierende Wirkung der Spezialisierung

In seinem Tätigkeitsbericht von 1968¹²²⁾ hat das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, daß ein Anhaltspunkt dafür, daß das eigentliche Anliegen eines Spezialisierungskartells nicht die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge, sondern die erleichterte Legalisierung von Preis- und Syndikatsabreden ist, dann gegeben sei, wenn von den Vertragswaren die für den Export und den Eigenverbrauch bestimmten nicht in die Spezialisierung einbezogen werden. Soweit nur auf die Fertigung einer Ware für den Inlandabsatz verzichtet werde, würden die Losgrößen durch die Beibehaltung der Produktion für die Weiterverarbeitung im eigenen Unternehmen und für den Export noch unbefriedigender. Entsprechend stiegen die Fertigungskosten. Ein Unternehmer, dem es auf den Rationalisierungserfolg der Spezialisierung ankomme, würde derartige Konsequenzen nicht in Kauf nehmen.

Ein aktueller Bezug lag der Erklärung des Bundeskartellamtes soweit ersichtlich nicht zugrunde.

d2) Erhaltung wesentlichen Wettbewerbs

Neben der Rationalisierung fordert § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB das Bestehenbleiben wesentlichen Wettbewerbs auf dem Markt.¹²³⁾

122) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1968, S. 11

123) Das Kartellrecht steht vor der Schwierigkeit, einen Begriff der Wirtschaftswissenschaften übernehmen zu müssen, der dort außerordentlich umstritten ist. Die Fragen, was unter "Wettbewerb" zu verstehen sei und welche Intensität des Wettbewerbs wünschenswert sei, ist noch ungeklärt. s. zur "Wettbewerbstheorie": Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, (1976) S. 164 ff.; s. auch Stobbe, Gesamtwirtschaftliche Theorie, (1975), S. 319 ff.; Ein Eingehen auf die Diskussion des Wettbewerbsbegriffes würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Zum Begriff des "praktischen Wettbewerbs" s. Fikentscher, Nachfrage-macht, (WuW 1960), S. 684

d2.1) Keine Freistellung für marktbeherrschende Unternehmen

Die Fassung der Wettbewerbsklausel in § 5a GWB stellt klar, daß marktbeherrschende Unternehmen keine Freistellung vom Kartellverbot nach § 5a GWB erlangen können, da sie einem "wesentlichen Wettbewerb" nicht mehr ausgesetzt sind. Die von marktbeherrschenden Unternehmen vorgenommene Spezialisierung ist wie vor dem Inkrafttreten des § 5a GWB nach § 5 Abs. 2, die Syndizierung nach § 5 Abs. 3 zu beurteilen.¹²⁴⁾ Das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme vom 27.9.1967 festgestellt,¹²⁵⁾ daß wesentlicher Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht mehr besteht, wenn die Spezialisierungsabrede dazu führt, daß die an dem Kartell beteiligten Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erhalten. Merkmale dafür, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, sind u.a. der Marktanteil der beteiligten Unternehmen, die Marktstruktur und das Marktverhalten.

d2.2) Der Begriff des relevanten Marktes

d2.2.1) Der räumlich relevante Markt

Der Markt, auf dem wesentlicher Wettbewerb erhalten bleiben muß, wird in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht bestimmt.¹²⁶⁾ Räumlich entspricht der relevante Markt dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die Marktstellung eines Wettbewerbes wird bestimmt durch den in der BRD erzielten Umsatz, abzüglich der Exporte und zuzüglich der Importe.¹²⁷⁾ Ein Teilgebiet der Bundesrepublik Deutschland ist nur dann als eigener Markt anzusehen, wenn ein Austausch mit dem

124) WuW/E Bundeskartellamt 1968, 403

125) s. Fn. 124

126) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 26 zu § 5a GWB

127) WuW/E Bundeskartellamt 602 (Armaturen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 37; Müller/Gries/Giessler, GWB, Anm. 7

übrigen Gebiet der BRD nicht stattfindet und auch bei erheblichen Unterschieden im Preis oder Angebot nicht stattfinden würde.

Die Beschränkung des räumlich relevanten Marktes auf das Gebiet der BRD ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn man den potentiellen Wettbewerb, d.h. in diesem Falle die potentiellen Importe berücksichtigt.¹²⁸⁾

d2.2.2) Der zeitlich relevante Markt

Zeitlich ist der Wettbewerb entscheidend, wie er im Augenblick der Entscheidung über den Widerspruch besteht. Künftige Entwicklungen sind allerdings zu berücksichtigen, wenn sie im Zeitpunkt der Entscheidung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhersehbar sind.¹²⁹⁾

d2.2.3) Der sachlich relevante Markt

Sachlich gehören zum relevanten Markt nicht nur die Produkte, welche die Spezialisierungsvereinbarung betreffen, sondern auch identische Erzeugnisse inländischer und ausländischer Aussenseiter. Zusätzlich sind Substitutionsgüter, die auf dem räumlich relevanten Markt angeboten werden, zu berücksichtigen. Im Falle Vakuumtechnik wurde vom Bundeskartellamt sogar potentieller Wettbewerb, der nur für einen Teil der Vertragswaren durch ausländische Hersteller bestand, berücksichtigt. Im Falle Motorsegler dagegen hat das Bundeskartellamt den sachlich relevanten Markt sehr eng gezogen.¹³⁰⁾

128) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 25 zu § 5a GWB

129) Müller/Gries/Giessler, GWB, Anm. 7

130) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1972, S.62

d2.3.) Entscheidungen des Bundeskartellamtes zum Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs

d2.3.1) Fälle, in denen ein Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs verneint wurde

Das Bundeskartellamt hat die Anwendung des § 5a GWB nicht auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt, sondern mehrmals Spezialisierungskooperationen, an denen Unternehmen mit bedeutendem Marktanteil beteiligt waren, zugelassen. Vereinbarungen, bei denen die Kartellpartner Marktanteile von über 20 % innehaben, finden sich häufig in den veröffentlichten Entscheidungen des Bundeskartellamtes.

Als Beispiel sei der Fall Großkälteanlagen erwähnt. Das Bundeskartellamt hatte einen Spezialisierungsvertrag von drei Herstellern von Kälteanlagen mit einem Marktanteil von 30 % nicht widersprochen.¹³¹⁾

Im Falle Armaturen I¹³²⁾ hatten die beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 50 %. Während im Fall Küchengeräte¹³³⁾ der Marktanteil an den Vertragserzeugnissen zwischen 3 und 30 % betrug. Im Fall Flaschenkapseln¹³⁴⁾ schwankte der Marktanteil an den der Spezialisierung unterliegenden Erzeugnissen zwischen 5 und 29 %. Im Fall Getränkeindustriemaschinen¹³⁵⁾ hatten die beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 35 %.

Die erwähnten Fälle zeigen, daß der Marktanteil allein nach

131) s. Fn. 77

132) s. Fn. 127

133) WuW/E Bundeskartellamt 488, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 64;

134) WuW/E Bundeskartellamt 489, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 65;

135) WuW/E Bundeskartellamt 381, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1972, S. 59;

der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes noch keine Rückschlüsse auf die Markt- und Wettbewerbssituation zuläßt.

Eine Spezialisierungsvereinbarung, die dem Widerspruch des Bundeskartellamtes gerade noch entging, bestand im Fall Drahtbe- und verarbeitungsmaschinen.¹³⁶⁾ Das Bundeskartellamt stellte bei seiner Entscheidung fest, daß die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse angesichts des Marktanteils der beteiligten Unternehmen von etwa 50 % Schwierigkeiten bot. Maßgeblich für eine Zulassung des Kartells war jedoch, daß auf den in Betracht kommenden Märkten mindestens noch 13 inländische und 7 ausländische Anbieter vorhanden waren, sodaß den Abnehmern eine ausreichende Wahlmöglichkeit blieb, zumal auch von einem bestehenden Preis- und Qualitätswettbewerb ausgegangen werden konnte.

Im Falle Armaturen II,¹³⁷⁾ wo noch höhere Marktanteile auftraten, hat das Bundeskartellamt keine Bedenken gehabt, das Bestehenbleiben wesentlichen Wettbewerbs zu bejahen. 2 Armaturenhersteller hatten über einzelne Armaturenarten einen Spezialisierungsvertrag geschlossen. Der Marktanteil der beteiligten Unternehmen lag zwischen 5 und 40 %, bei einer Armaturengruppe bei etwa 65 %. Als maßgeblich für eine Legalisierung des Kartells hat das Bundeskartellamt angesehen, daß das Produkt mit dem höchsten Marktanteil eine neue Erzeugungsart auf einem in der Entwicklung befindlichen Markt darstellte. Zudem war neben den bestehenden Kartellen noch eine ausreichende Zahl von Wettbewerbern vorhanden, sodaß wesentlicher

136) WuW/E Bundeskartellamt 802, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 54;

137) s. Fn. 65 a

Wettbewerb auf dem Markt fortbestand.

Ein seit 1966 bestehendes Spezialisierungskartell über die Herstellung und den gemeinsamen Vertrieb von Armaturen wurde im Jahre 1974 geändert, wobei sich bei den beteiligten Unternehmen ein Marktanteil von 40 % ergab.¹³⁸⁾ Bei dem nicht sehr starken Substitutionswettbewerb hatte das Bundeskartellamt Bedenken, ob das Kartell wesentlichen Wettbewerb bestehen lassen würde. Es hat daher dem Kartell nahegelegt, aus dem Preismeldeverfahren für Schwerarmaturen, dem es zusätzlich angehörte, auszuscheiden. Ein Widerspruch nach § 5a Abs. 3 GWB erging aber nicht.

Besonders weitgehend ist der Fall Buntspinnereien.¹³⁹⁾

Dem Kartell gehörten mit einer Ausnahme alle deutschen Buntspinnereien an. Trotzdem sah das Bundeskartellamt für einen Widerspruch wegen Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs keine Veranlassung. Von den Beschränkungen des Kartellvertrages wurden nämlich nur die Kleinaufträge, die nur einen Bruchteil der Buntgarnproduktion der Vertragspartner ausmachten, erfaßt. Zudem blieb der Preiswettbewerb gegenüber den Abnehmern bestehen, da erst nach Auftragserteilung und damit nach Beendigung des Wettbewerbs die kartellvertragliche Verpflichtung einsetzte, eine in Auftrag gegebene Kleinmenge je nach Lage des Falles nicht selbst herzustellen, sondern von einem Vertragspartner zu kaufen.

d2.3.2) Fälle, in denen der Ausschuß wesentlichen Wettbewerbs bejaht wurde

Das Bundeskartellamt hat relativ selten der Anmeldung eines Spezialisierungskartells mit der Begründung widersprochen,

138) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1974, S. 53

139) s. Fn. 86

daß durch die Kooperation wesentlicher Wettbewerb ausgeschlossen werde. Einen der wenigen Fälle, dem das Bundeskartellamt die Zulassung versagte, weil die Spezialisierung zu einem Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs geführt hätte, bildet der Fall Tubenfüll- und Schließmaschinen.¹⁴⁰⁾ Zwei Hersteller von Maschinenbauerzeugnissen hatten vereinbart, daß das eine Unternehmen neben Zuführungsautomaten und Tauchpumpen nur noch Füll- und Schließmaschinen mit einer Leistung bis zu 60 Tuben je Minute (Langsamläufer) herstellen sollte, während sich das andere Unternehmen auf die Produktion von Maschinen beschränkte, deren Leistung oberhalb von 60 Tuben je Minute lag (Schnelläufer). Tubenzuführungsautomaten und Tauchpumpen sollte das 2. Unternehmen ausschließlich vom 1. Unternehmen beziehen, das sich zudem verpflichtete, nachbauende Außenseiter nicht zu beliefern.

Der Widerspruch nach § 5a Abs. 3 GWB erfolgte, weil das Kartell zu einem Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt geführt hätte. Bei Langsamläufern betrug der Marktanteil des Kartells etwa 40 %. Schnellaufende Tubenfüll- und Schließmaschinen und Tubenzuführungsautomaten wurden auf dem Inlandsmarkt nur von den beiden Unternehmen abgesetzt. Bei Tauchpumpen betrug ihr Marktanteil 85 - 90 %. Das Bundeskartellamt hat seinen Widerspruch im wesentlichen mit diesen hohen Marktanteilen begründet.

Trotzdem führen derart hohe Marktanteile nicht notwendigerweise dazu, daß eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden müßte, wie der Fall Edelmetallerzeugnisse¹⁴¹⁾ zeigt.

140) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamt von 1967, S. 35

141) s. Fn. 80

Die zehn an dem Kartell beteiligten Unternehmen hatten bei den Vertragswaren einen Marktanteil von 95 %. Dennoch blieb nach Auffassung des Bundeskartellamtes wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen. Nach dem Kartellvertrag konnte jedes Unternehmen auch solche Vertragswaren in seine Produktion aufnehmen, die es bisher nicht hergestellt hatte. Eine bindende und ausschließliche Aufteilung der Vertragsprodukte war nicht vorgesehen. Hinzukam, daß die vereinbarten Kollegenlieferungen keine Ausschließlichkeitsverpflichtung enthielten. Die Vertragspartner brauchten eine Kollegenlieferung nicht in Anspruch nehmen, wenn der Kunde eines Vertragspartners ausdrücklich die Produktion durch einen bestimmten Unternehmer wünschte. Trotz des Kartells blieb der Preis- und Konditionswettbewerb im Außenverhältnis bestehen, da der Kartellvertrag das Verhältnis zwischen den Kunden und dem jeweiligen Kartellmitglied (Außenverhältnis) nicht berührte. In ihren Verkaufspreisen gegenüber den Endabnehmern blieben die Unternehmen frei, da die Preisvereinbarungen für die Kollegenlieferungen nur das Innenverhältnis zwischen den Kartellmitgliedern betrafen.

Im Falle Gießereierzeugnisse¹⁴²⁾ hat das Bundeskartellamt das Bestehenbleiben wesentlichen Wettbewerbs verneint. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war, daß das Bundeskartellamt den relevanten Markt auf Formstücke aus Gußeisen eingrenzte und das Bestehen eines Substitutionswettbewerbs verneinte. Weder bei der Anmeldung noch innerhalb der dreimonatigen Widerspruchsfrist konnten die Anmelder nachweisen, daß wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt erhalten bleiben würde. Der Marktanteil der Außenseiter betrug zusammen mit den Importen etwa 45 %. Der relativ hohe Marktanteil des Kartells von 55 %

142) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1969, S. 56

war aber nicht allein für die Verneinung wesentlichen Wettbewerbs maßgeblich. Hinzukam, daß die Intensität des Wettbewerbs der Außenseiter durch Zersplitterung herabgesetzt war. Zur Unterlegenheit der Außenseiter trug noch bei, daß die Abnehmer ihren Bedarf an Gußformstücken im wesentlichen bei ihren Rohrlieferanten deckten und die vier deutschen Druckrohrhersteller zu den 5 Kartellmitgliedern zählten.

Im Falle Betonrammpfähle¹⁴³⁾ hat das Bundeskartellamt den Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs bei einem Marktanteil der an der Kooperation beteiligten Unternehmen von etwas mehr als 30 % bejaht. Zur Begründung hat das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, daß die Bildung eines Syndikats bei Spezialisierungskooperationen mit einem derart hohen Marktanteil nicht legalisierbar sei, wenn die an dem Kartell beteiligten Großunternehmen eine überragende Marktstellung erlangen würden (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Dies wäre bei dem angemeldeten Kartell der Fall gewesen.

143) s. Fn. 14; Der Widerspruch erfolgte aber nicht nur wegen des Ausschlusses wesentlichen Wettbewerbs, sondern insbesondere deswegen, weil die Unternehmen unter dem Vorwand des Abschlusses einer Spezialisierungskooperation eine Syndikatsabrede treffen wollten. Im Falle Kohle-Elektrodenmasse-Anlagen (Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 50), ist nicht eindeutig erkennbar, ob die Unternehmenskooperation auf einer Spezialisierungsabrede fußte. Das Bundeskartellamt hat der vereinbarung widersprochen, weil aufgrund des Kartellvertrages einem Partner eine dominierende Stellung eingeräumt worden war, die mit einem weitgehenden Produktionsverzicht der übrigen Kartellpartner einherging.

d2.3.3) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes

Die Untersuchung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zur Frage des Ausschlusses wesentlichen Wettbewerbs hat ergeben, daß auch ein sehr hoher Marktanteil keinen sicheren Schluß auf die Wettbewerbsverhältnisse zuläßt. Entscheidend sind neben dem Marktanteil die Marktstruktur und das Marktverhalten der übrigen Unternehmen.

In den erwähnten 13 Entscheidungen hat das Bundeskartellamt in 10 Fällen eine Beschränkung wesentlichen Wettbewerbs verneint; davon hatte 1 Kartell einen Marktanteil von 29 %, 3 Kartelle verfügten über einen Marktanteil von 30 - 35 %, in 2 Entscheidungen lag der Marktanteil bei 40 %, in 2 Fällen wurde die Grenze von 50 % erreicht. In 1 Vereinbarung bestand für einen Teil der Vertragswaren ein Marktanteil von 65 %, in 2 Ausnahmefällen wurde von den Kartellpartnern ein Marktanteil von 95 % und nahezu 100 % erreicht.

In 3 Fällen bejahte das Bundeskartellamt eine Beschränkung wesentlichen Wettbewerbs. Bei 1 Vereinbarung schwankten die Marktanteile für die Vertragswaren zwischen 40 und 100 %, in 1 Fall betrugen sie 30 % und in 1 Fall 55 %.

Wenn einerseits ein sehr hoher Marktanteil nicht auf das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs schließen läßt, so ist der umgekehrte Schluß aufgrund eines kleinen Marktanteils ebensowenig zulässig. Bei entsprechender Marktstruktur kann auch ein kleiner Marktanteil ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung verschaffen, wenn den anderen Kartellvereinbarung beteiligten Unternehmen nur ein völlig zersplittertes Wettbewerbsangebot gegenübersteht. Dieses Problem entsteht manchmal bei Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen, weil sie auf einen

örtlich eng begrenzten Markt beschränkt sind, auf dem schnell eine marktbeherrschende Stellung erreicht wird.

In der Praxis des Bundeskartellamtes ist allerdings kein Fall bekanntgeworden, wo der Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs schon bei einem Marktanteil von 20 % bejaht worden wäre, da die restlichen 80 %, auch wenn sie noch so zersplittert sind, den Kartellpartnern immer wesentlichen Wettbewerb bereiten können.

Im übrigen schließt das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs den Abschluß eines Spezialisierungskartells nicht generell aus, sondern führt nur zur Unanwendbarkeit des § 5a GWB. Da § 5a GWB keine abschließende Regelung für Spezialisierungskartelle enthält, bleibt die Möglichkeit, eine Erlaubnis nach der schwerwiegenderen Vorschrift des § 5 Abs. 2 und 3 GWB einzuholen.¹⁴⁴⁾

e) Spezialisierungskartelle mit Zusatzabreden nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB

e1) Formen der Zusatzabreden

Neben den sog. einfachen Spezialisierungskartellen nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB können Spezialisierungen in Verbindung mit wettbewerbsbeschränkenden Zusatzabreden vereinbart werden, (§ 5a Abs. 1 Satz 2 GWB) wenn die Zusatzvereinbarung zur Verwirklichung der Spezialisierung "erforderlich" ist. Hinsichtlich der Arten der Zusatzvereinbarungen verweist § 5a auf § 5 Abs. 2 und 3 GWB. Da § 5 Abs. 2 und 3 GWB hinsichtlich der Arten der erlaubnisfähigen Abreden keine Begrenzung enthält, kommen hierfür alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinba-

144) s. S. 33 ff.

rungen in Betracht.¹⁴⁵⁾ Die Zusatzabreden dürfen aber nur Nebenabsprachen und nicht Hauptgegenstand des Vertrages sein.¹⁴⁶⁾

Im einzelnen finden sich in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes folgende wettbewerbsbeschränkende Zusatzvereinbarungen:

Die Vereinbarung über den Austausch von Kollegenlieferungen für die Programmteile, die nicht mehr von allen Partnern hergestellt werden, teilweise verbunden mit der Verpflichtung, solche Programmteile den Vertragspartnern zu liefern oder ausschließlich beim anderen Vertragspartner zu beziehen, um sicher zu gehen, daß diese Anteile an der Produktion nicht Außenseitern zuwachsen. (sog. Ausschließlichkeitsverpflichtung)

Vereinbarungen über einheitliche Normen und Typen, Qualitäten und die Zusammensetzung des Produktionsprogramms;

Verträge über einheitliche Rabatte und Konditionen;

Vereinbarungen über einheitliche Preise für die zwischen den Kollegen ausgetauschten Erzeugnisse, für die von mehreren Partnern hergestellten Erzeugnisse oder auch für die nicht spezialisierten Erzeugnisse;

Vereinbarungen über eine bestimmte Staffelung der Preise, um unangemessene Preisstufen innerhalb des Sortiments zu vermeiden;

Abreden über den Ausgleich der Frachtkosten, besonders bei

145) Benisch, Spezialisierungskooperation, (DB 1967), S. 2061 Müller/Gries/Giessler, GWB, Anm. 11

146) Müller/Gries/Giessler, GWB, Anm. 11

Kollegenlieferungen, um unterschiedliche Frachtbelastungen durch die Spezialisierung zu vermeiden;

Verträge über einen gemeinsamen Vertrieb mit einheitlichen Preisen und Quoten.

e2) Erforderlichkeit der wettbewerbsbeschränkenden Zusatzvereinbarungen

Die Erörterung der Zusatzabreden im einzelnen erfordert zunächst eine Klärung des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit im Sinne des § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB. Nach dem Wortlaut des § 5a Abs. 1 Satz 2 muß jede Zusatzabrede zur Durchführung der Spezialisierung erforderlich sein. Das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit darf nicht zu eng ausgelegt werden. Die Erforderlichkeit in diesem Sinne ist nicht nur dann gegeben, wenn die Durchführung der Spezialisierung auf jedem anderen Wege physisch oder rechtlich ausgeschlossen wäre, es genügt vielmehr, wenn die Spezialisierung ansonsten wirtschaftlich sinnvoll nicht zu erreichen wäre. Der Kartellbehörde ist bei dieser Prüfung die Möglichkeit eingeräumt, die Angemessenheit des Verhältnisses zwischen Spezialisierung und Zusatzabrede zu überprüfen.¹⁴⁷⁾

Das Bundeskartellamt zeigte sich bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "erforderlich" großzügig.¹⁴⁸⁾ Einige Spezialisierungskartelle sind aber an diesem Erfordernis gescheitert.

Im Falle Großantennen¹⁴⁹⁾ hat das Amt einer Vereinbarung besonderer Art widersprochen. Die Parteien hatten verabredet, die Fertigung von Antennen mit einer bestimmten Größenordnung auf eine gemeinsame Tochtergesellschaft zu übertragen und da-

147) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 36 zu § 5a GWB

148) s. dazu auch Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 40 zu § 5a GWB

149) WuW/E Bundeskartellamt 721, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1972, S. 64 ;

durch eine Spezialisierung durch Produktionsaufteilung herbeizuführen. Zusätzlich vereinbarten sie, im Arbeitsgebiet des Tochterunternehmens nicht mehr tätig zu werden und dieser die der Spezialisierung unterliegenden Ausrüstungsgegenstände zu Meistbegünstigungsbedingungen zu liefern. Die Vereinbarungen über das Konkurrenzverbot und die Meistbegünstigung hielt das Bundeskartellamt zur Durchführung der Spezialisierung nicht für erforderlich.

Einem Produktionsverzicht ähnlicher Art wurde vom Bundeskartellamt im Falle Garnhersteller widersprochen.¹⁵⁰⁾ Die Parteien hatten sich gegenseitig die Möglichkeit eingeräumt, neben dem gemeinsamen Programm jedes Vertragspartners noch ein individuelles Programm herzustellen. Die Aufnahme des individuellen Programms war jedoch nur erlaubt, wenn die Garnqualität mit dem gemeinsamen oder laufenden Programm eines Kartellmitgliedes nicht kollidierte. Diese Vereinbarung sollte eine Aufspaltung in Kleinmengen bei Neuentwicklungen verhindern. Das Bundeskartellamt hat die Erforderlichkeit dieser Vereinbarung verneint.

In der Entscheidung Betonrammpfähle¹⁵¹⁾ hat das Bundeskartellamt die Erforderlichkeit einer Vertriebsvereinbarung, verbunden mit einheitlichen Preisen und Quoten, verneint. Zur Begründung gab das Bundeskartellamt an, daß der Nachweis, daß diese Abreden zusätzliche Rationalisierungsmöglichkeiten geschaffen hätten, nicht ausreiche. Im übrigen dürften nach § 5a GWB keine Nebenabreden zugelassen werden, deren wettbewerbsbeschränkender Effekt außer Verhältnis zu den Rationalisierungsvorteilen stehe, die mit Hilfe der Nebenabreden erzielt werden sollten.¹⁵²⁾

150) s. Fn. 65 b

151) s. Fn. 14

152) s. Fn. 147

Eine Zusammenfassung der untersuchten Entscheidungen des Bundeskartellamtes zum Merkmal der "Erforderlichkeit" ergibt, daß in den von 1966 bis 1977 angemeldeten Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB nur dreimal die Erforderlichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Zusatzabreden verneint wurde.¹⁵³⁾

Diese geringe Quote ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß das Bundeskartellamt häufig bereits vor der Anmeldung des Spezialisierungskartells durch Gespräche mit den Unternehmen Einfluß auf die Vertragsgestaltung nimmt. Dadurch wird die Anmeldung nicht genehmigungsfähiger Vertragsklauseln vermieden.

e3) Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 bei § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB

Die in der Literatur erörterte Frage, ob im Rahmen des § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 zu prüfen sind, hat in der Praxis bisher keine Rolle gespielt.¹⁵⁴⁾

e4) Typische Formen der Zusatzabreden

e4.1) Kollegenlieferungen

Von den Zusatzabreden nach § 5a Abs. 1 Satz 2 kommen am häufigsten die Kollegenlieferungen vor. Unter einer Kollegenlieferung ist die Vereinbarung der Kartellmitglieder zu verstehen, die anderen Partner des Spezialisierungskartells mit den von ihnen nicht mehr hergestellten Produkten zu beliefern.¹⁵⁵⁾ Werden Kollegenlieferungen vereinbart, so ist nach einer Äußerung des Bundeskartellamtes darauf zu achten, daß jeder

153) s. S. 101 ff.

154) s. S. 33 ff.

155) s. z.B. Großkälteanlagen, s. Fn. 77, pneumatische Förderanlagen, s. Fn. 89, Vakuummetallurgische Anlagen, s. Fn. 117

Vertragspartner über eine so große Produktionskapazität verfügt, daß er den Bedarf der Vertragspartner mitbefriedigen kann. Diese Produktionskapazität muß im Zeitpunkt der Anmeldung aber noch nicht vorhanden sein; es genügt, wenn eine Vergrößerung der Produktion in absehbarer Zeit zu erwarten ist.¹⁵⁶⁾

Nach den Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist kein Fall bekanntgeworden, in dem eine Kollegenlieferung nicht für erforderlich gehalten worden wäre. Die folgenden Ausführungen können sich daher auf eine Beschreibung der in der Praxis vorgefundenen Vereinbarungen über Kollegenlieferungen beschränken.

Die Erforderlichkeit von Kollegenlieferungen ist vom Bundeskartellamt regelmäßig damit begründet worden, daß die einzelnen Vertragspartner weiterhin ein volles Warensortiment anbieten müssen, um sich ihren Kundenkreis zu erhalten, oder daß die Kunden der Kartellpartner wie bisher das Angebot eines vollen Sortiments erwarten.¹⁵⁷⁾

Bei Vereinbarungen über Kollegenlieferungen ist danach zu unterscheiden, ob sie mit Liefer- und Bezugsverpflichtungen verbunden sind oder nicht. Wenn die Vertragsparteien Lieferverpflichtungen übernehmen, so wird ihre Verpflichtung zumeist auf den Rahmen des Möglichen beschränkt,¹⁵⁸⁾ d.h., daß ein Kartellpartner nur dann zur Lieferung verpflichtet ist, wenn es ihm seine Produktionskapazität erlaubt.

156) Spitzen, s. Fn. 67

157) Großkälteanlagen, s. Fn. 77, elektrische Glühlampen, s. Fn. 119, Lederwarenhersteller, s. Fn. 65b, WuW/E Bundeskartellamt 668, (Anlagen zur Abwasserdesinfektion)

158) WuW/E Bundeskartellamt 616, (Absackwaagen und Sackfüllmaschinen);

Der Vereinbarung eines Bezugsrechtes der Kollegen steht häufig auch eine vertraglich vereinbarte Bezugspflicht gegenüber, weil sich sonst die Partner nicht sicher sein könnten, daß die bisher vorhandenen Umsätze für die spezialisierten Erzeugnisse auch ihnen zuwachsen.¹⁵⁹⁾

In Fällen, in denen keine feste dauernde Spezialisierung vereinbart wurde, gilt die Bezugspflicht nur bedingt, nämlich soweit der Bezug zur Zeit des Auftrages aus der laufenden Produktion oder vom Lager eines Partners möglich ist.¹⁶⁰⁾

Eine weitere in der Praxis vorkommende Abmilderung der Bezugspflicht erfolgt dadurch, daß sie in den Fällen, in denen der Auftraggeber ausdrücklich die Herstellung durch den Auftragnehmer wünscht, ausgeschlossen wird.¹⁶¹⁾ Im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung wird dem Auftragnehmer häufig die Verpflichtung auferlegt, dem anderen Partner die Gelegenheit zum Angebot zu geben.¹⁶²⁾ Teilweise wird die Bezugspflicht dadurch eingeschränkt, daß keine günstigeren Angebote vorliegen,¹⁶³⁾ oder daß der Marktpreis nicht unter den Preis des Partners fällt.¹⁶⁴⁾

159) Zimmermöbel, Büromöbel, s. Fn. 65 a, Buchbinderzeugstoffe, s. Fn. 86, Zweizylinderspinnereien, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 53; Drahtbe- und Verarbeitungsmaschinen, s. Fn. 136, Jaz/Peter, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 62; Flaschenkapseln, s. Fn. 134;

160) Edelmetallerzeugnisse, s. Fn. 80,

161) wie Fn. 160

162) wie Fn. 158

163) Stapelrohgewebe, s. Fn. 65b

164) WuW/E Bundeskartellamt 1969 149, (Technische Federn),

Eine besondere Abmilderung der Bezugspflicht enthält der Fall Buderus/Clima Chappée.¹⁶⁵⁾ Die Partner vereinbarten ein Spezialisierungskartell über lufttechnische Anlagen, indem sie die Vertragsprodukte untereinander aufteilten. Die Parteien verpflichteten sich, die Vertragserzeugnisse solange ausschließlich vom anderen Partner zu beziehen oder an ihn zu liefern, wie deren Absatz im Lande des Beziehers den Aufbau einer eigenen Fertigung nicht lohnte und das Angebot des Lieferers konkurrenzfähig sei.

Eine beachtenswerte Vereinbarung über den Austausch von Kollegenlieferungen enthält der Fall Küchengeräte.¹⁶⁶⁾ Die Parteien vereinbarten im Kartellvertrag gegenseitige Kollegenlieferungen und verpflichteten sich, den Umfang der Kollegenbestellungen im Rahmen einer Grob- und Feinplanung vorher einander mitzuteilen. Sollte die Grobplanung die Kapazität des bestellenden Vertragspartners überschreiten, so konnte der beziehende vom herstellenden Partner die Vornahme von Investitionen verlangen. Konnte der herstellende Partner diesem Verlangen nicht nachkommen, so durfte der beziehende die dem anderen Partner zur ausschließlichen Fertigung zugewiesenen Erzeugnisse auch bei Dritten kaufen oder zur Eigenfertigung übergehen.

Die Vereinbarung einer Spezialisierung durch Arbeitsteilung, verbunden mit gegenseitigen Kollegenlieferungen, birgt ein erhebliches Risiko für die beteiligten Unternehmen, da sie nicht mehr über das gesamte von den Kunden erwartete Warensortiment verfügen, sondern auf die Lieferungen des Vertragspartners angewiesen sind. Das Risiko wird aber durch eine Reihe von Vergünstigungen, die sich die Partner gegenseitig

165) WuW/E Bundeskartellamt 615/617, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 55;

166) s. Fn. 133

einräumen, gemildert. Die Vergünstigungen erstrecken sich zumeist auf die Frachtkosten für Kollegenlieferungen und auf die Preise von Vertragswaren. Kollegenlieferungen sind mit zusätzlichen, zum Teil hohen Frachtkosten belastet. Hierin liegt ein Nachteil der Spezialisierung.¹⁶⁷⁾ Zur Ermäßigung der zusätzlichen Kosten wird häufig vereinbart, daß die entstehenden Frachtkosten nicht von dem jeweiligen Kartellpartner, der die Lieferung ausführt, sondern von der Gemeinschaft der Kartellpartner getragen werden.

Preise und Konditionen für Kollegenlieferungen sind in der Praxis sehr unterschiedlich gestaltet.¹⁶⁸⁾

In vielen Kooperationsvereinbarungen ist festgelegt, daß die Vertragspartner nicht nur hinsichtlich der Preise im Außenverhältnis, sondern auch hinsichtlich der von Kollegen bezogenen Erzeugnissen in der Preisgestaltung frei sind.¹⁶⁹⁾ Bei den Preisen ist zwischen den Preisen gegenüber den Endabnehmern (Außenverhältnis) und den Preisen zu unterscheiden, die sich die Vertragspartner gegenseitig im Rahmen der Kollegenlieferungen berechnen (Innenverhältnis). Preisfestlegungen im Innenverhältnis wurden von den Kartellbehörden für erforderlich gehalten, weil die Partner, die weiterhin das gesamte Sortiment anbieten, wissen müssen, zu welchen Preisen sie sich bei ihren Vertragspartnern hinsichtlich der Vertragswaren, die sie nicht mehr vorrätig haben, eindecken können.¹⁷⁰⁾

167) Die Kartellbehörden haben darauf zu achten, daß die durch die Kooperation hervorgerufenen zusätzlichen Kosten nicht so hoch sind, daß sie die Vorteile der Spezialisierung aufzehren.

168) Benisch, Spezialisierungskooperation, (DB 1967), S. 2062

169) WuW/E Bundeskartellamt 1969 150, (Freiformschmiedestücke aus duktilem Gußeisen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1969, S. 56

170) WuW/E Bundeskartellamt 742 (Sisalkordel), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1968, S. 68;

Neben den Preisabsprachen im Innenverhältnis werden teilweise Kollegenrabatte auf die Listenpreise gegeben.¹⁷¹⁾ Preisabsprachen im Innenverhältnis haben zumeist den Inhalt, daß sich die Vertragsparteien die Konditionen gewähren, die sie ihren besten Abnehmern bei günstigsten Vertragsbedingungen gewähren würden. (Meistbegünstigungsklausel) In den Meistbegünstigungsklauseln ist häufig vereinbart, daß der Kollegenpreis nicht unter eine bestimmte Untergrenze sinken dürfe.¹⁷²⁾ Teilweise werden die Verrechnungspreise der Kollegenlieferungen gemeinsam festgelegt,¹⁷³⁾ wobei vereinzelt vereinbart wurde, daß sie in bestimmten Zeitabständen neu ermittelt werden müssen.¹⁷⁴⁾

Von der Festlegung der Preise im Innenverhältnis ist die Preisbestimmung im Außenverhältnis zu unterscheiden, Häufig sind die Preise im Innenverhältnis geregelt, während sie nach außen frei sind.¹⁷⁵⁾ Die gemeinsame Bestimmung der Preise im Außenverhältnis wurde vom Bundeskartellamt für erforderlich gehalten, wenn die Gefahr bestand, daß die belieferten Kollegen die liefernden mit ihren eigenen Erzeugnissen bei der

171) s. Fn. 124, WuW/E Bundeskartellamt 1969 149 (Druck- und Verpackungsmaschinen), Küchengeräte, s. Fn. 133, Kompressions-Großkälteanlagen, s. Fn. 77

172) s. z.B. Fn. 165; WuW/E Bundeskartellamt 1968 100 (Stahlgußarmaturen) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1967, S. 51 ;

173) WuW/E Bundeskartellamt 494 (Preßverbinder und Preßkabelschuhe), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1968, S. 46; WuW/E Bundeskartellamt 319 (Starterbatterien, Ladegeräte)

174) WuW/E Bundeskartellamt 882 (Briketts)

175) z.B. WuW/E Bundeskartellamt 384 (Autowerkzeuge)

Preisfestsetzung unterbieten.¹⁷⁶⁾ Der Gefahr einer Preisunterbietung läßt sich aber auch dadurch begegnen, daß eine Änderung der Preise und Rabatte im Außenverhältnis von der Zustimmung der anderen Vertragspartner abhängig gemacht wird.¹⁷⁷⁾

Die Beispiele aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zeigen, daß die deutschen Kartellbehörden Vereinbarungen über Kollegenlieferungen in sehr weitgehendem Maße zulassen.

Die Vereinbarung von Kollegenlieferungen bringt für die Kartellpartner die Notwendigkeit mit sich, die Frage der Gewährleistung zu regeln. Die Gewährleistung im Außenverhältnis wird nach der üblichen Vertragsgestaltung von dem übernommen, der den Auftrag erhält, während im Innenverhältnis der liefernde Partner für etwaige Mängel einstehen muß.

Im Falle Absackwaagen und Sackfüllmaschinen¹⁷⁸⁾ hatten die Vertragspartner einen Ausgleich des Haftungsrisikos vereinbart, das sich aus der Verpflichtung zur Gewährleistung ergab. Das Bundeskartellamt hat diese Vereinbarung nicht zugelassen.

e4.2) Gemeinsamer Vertrieb

e4.2.1) Die rechtliche Qualifizierung der Syndikate

Für Unternehmen, die eine Spezialisierungskooperation mit Produktionsverzicht vertraglich vereinbart haben, bestehen

176) WuW/E Bundeskartellamt 687, (Preßverbinder und Preßkabelschuhe), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1973, S. 85;

177) WuW/E Bundeskartellamt 381 (Wohn- u. Verkaufswagen)

178) s. Fn. 158

im wesentlichen zwei Möglichkeiten, wenn sie weiterhin über das gesamte Warensortiment verfügen wollen. Entweder sie verabreden den Austausch gegenseitiger Kollegenlieferungen oder sie einigen sich auf die Schaffung einer gemeinsamen Vertriebsseinrichtung.

Syndikate stellen die intensivste Form der Wettbewerbsbeschränkung dar. Unter einem Syndikat ist nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 3 Satz 1 GWB eine gemeinsame Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtung zu verstehen. Die Unternehmen treten dann nur noch gemeinsam am Markt auf, wobei statt ihrer ein gemeinsamer Ein- oder Verkäufer handelt. Tritt die gemeinsame Vertriebsstelle neben den Unternehmen auf, bleiben also die bisherigen Verkäufer am Markt, dann liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, sondern eine kartellrechtlich irrelevante Verkaufsgemeinschaft.¹⁷⁹⁾ Ein Kartell entsteht erst, wenn die beteiligten Unternehmen sich verpflichten, den eigenen Vertrieb einzustellen oder wenn ohne eine derartige ausdrückliche Verpflichtung die Verkaufsgemeinschaft dahin führt, daß tatsächlich nur noch die Gemeinschaftsorganisation am Markt auftritt. Zwischen den Syndikatsmitgliedern entfällt dann der Wettbewerb.¹⁸⁰⁾

179) Rinck, Wirtschaftsrecht, (1977), S. 246

180) Diese Ausführungen sind zu präzisieren durch einen Hinweis auf BGH NJW 75, 1837, Die Entscheidung betrifft ein System von Horizontal- und Vertikalabsprachen mehrerer Unternehmer, (Gesellschaftsvertrag und Liefergemeinschaftsvertrag ohne Vereinbarung einer Andienungspflicht) die vom BGH als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des § 1 GWB angesehen wurde. Zur Begründung stellte der BGH fest, daß § 1 GWB nur solche Wettbewerbsbeschränkungen ausschließt, die "Kraft Zustands" bestehen. Soweit die Wettbewerbsbeschränkung einem "rechtsgeschäftlichen Handeln zuzurechnen" sei, könne der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt sein, ohne daß die Vereinbarung einer Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand der vertraglichen Bindung sein müsse.

Syndikate sind zu unterscheiden von Spezialisierungen nach betrieblichen Funktionsbereichen, nämlich nach Fertigung und Vertrieb, die ausschließlich nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB zu beurteilen sind. Im Falle Container¹⁸¹⁾ vereinbarten die Kartellpartner eine Spezialisierung nach betrieblichen Funktionsbereichen, da das eine Unternehmen über freie Produktionskapazitäten verfügte und durch Zusammenfassung der Produktion größere Serien erreicht werden konnten. Das andere Unternehmen brachte dafür ein besonders leistungsfähiges Vertriebsnetz in die Kooperation ein.

Gemäß § 5 Abs. 3 GWB können nur Rationalisierungssyndikate zugelassen werden, nicht dagegen Syndikate, die nur eine Marktordnung bezwecken. Da aber auch Rationalisierungssyndikate marktordnende Folgen haben können, wird von den Kartellbehörden geprüft, ob der Marktordnungs- oder der Rationalisierungszweck überwiegt.

e4.2.2) Die Prüfung der Erforderlichkeit der Syndikate

Nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 5 Abs. 2 GWB muß die Vereinbarung eines Syndikates zur Durchführung der Spezialisierung "erforderlich" sein. Nach der Praxis der Bundeskartellamtes ist dies der Fall, wenn der Einzelvertrieb der spezialisierten Erzeugnisse für die beteiligten Unternehmen unzumutbar schwierig, unwirtschaftlich oder so nachteilig sein würde, daß die Mehrzahl der Kunden sich von den

181) s. Fn. 78; s. dazu WuW/E Bundeskartellamt 668, (Radlader) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 56 wo der Verkauf der Vertragserzeugnisse in Deutschland und Europa einem der beiden Vertragspartner übertragen wurde; s.a. Wohn- und Verkaufswagen, s. Fn. 177; WuW/E Bundeskartellamt 687, (Genossenschaftsmolkereien), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1973, S. 99;

Vertragspartnern abwenden würden, sodaß sie im Wettbewerb nicht mehr bestehen könnten (sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit). Ein gemeinsamer Vertrieb wurde von den deutschen Kartellbehörden aber auch dann als erforderlich angesehen, wenn ansonsten die durch die Spezialisierung erreichten Vorteile weitgehend verlorengingen oder den Partnern der Spezialisierungsvereinbarung so hohe zusätzliche Kosten entstünden, daß sie für die Parteien wertlos würde. Andererseits ist bei der Bildung von Spezialisierungskartellen mit zentralem Vertrieb darauf zu achten, daß der Markt nicht die Form eines engen Monopols annimmt.¹⁸²⁾

Die Schaffung einer gemeinsamen Vertriebseinrichtung erübrigt sich, wenn ein Partner der Spezialisierungsvereinbarung über eine bereits bestehende gute Vertriebsorganisation verfügt. In diesem Falle wird in der Praxis der Vertrieb der Vertragswaren auf den betreffenden Kartellpartner konzentriert.¹⁸³⁾

Bei Vereinbarungen über gemeinsame Vertriebseinrichtungen sind im wesentlichen zwei kartellrechtlich relevante Problemkreise zu unterscheiden:

der Vertrieb nicht spezialisierter Produkte über die gemeinsame Vertriebseinrichtung und die Verbindung der Syndikatsvereinbarung mit Preisabreden.

182) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1972, S. 14

183) s. Jaz/Peter, BÄnz. 1970 113, Radlader, s. Fn. 181, Genossenschaftsmolkereien, s. Fn. 181

e4.2.2.1) Der Vertrieb nicht spezialisierter Produkte über die gemeinsame Vertriebsseinrichtung¹⁸⁴⁾

Das Bundeskartellamt prüft im Rahmen der Erforderlichkeit, ob über die gemeinsame Vertriebsstelle nicht nur die spezialisierten, sondern auch die nicht spezialisierten Erzeugnisse vertrieben werden dürfen. Während in der Regel gemeinsame Vertriebsseinrichtungen, welche auf die Vertragswaren beschränkt waren, unbeanstandet blieben, ist der Vertrieb der nichtspezialisierten Waren nur in Einzelfällen für zulässig erachtet worden.¹⁸⁵⁾

Im Falle PVC-Abflußrohre wurde vom Bundeskartellamt die Vereinbarung eines gemeinsamen Vertriebs mit Andienungspflicht, Preis- und Quotenabreden unter Einschluß der nicht spezialisierten Erzeugnisse erlaubt.¹⁸⁶⁾ Im Falle Gasbetonerzeugnisse hat das Bundeskartellamt dagegen den Vertrieb sämtlicher Erzeugnisse -also auch derjenigen, die nicht der Spezialisierung unterlagen- beanstandet. Die Vertragspartner haben daher einen Zusatzvertrag nach § 5b GWB angemeldet, dem das Bundeskartellamt nicht widersprochen hat.

184) s. dazu ausführlich Fikentscher; Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen, *Europäisches Kartellrecht*, (1967 - 1968), S. 190 ff.

185) Vertrieb von Spezialisierungserzeugnissen mit Andienungspflicht: Stahlgußarmaturen, s. Fn. 172; Vertrieb von Spezialisierungsprodukten ohne Andienungspflicht: WuW/E Bundeskartellamt 682 (Leinenspinnereien); Vertrieb von Spezialisierungsprodukten und Nichtspezialisierungsprodukten s. Kunststoffrohre, Fn. 65 a einerseits und WuW/E Bundeskartellamt 676 (Gasbetonerzeugnisse) andererseits, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1974, S.52;

186) s. Fn. 185

Der Vertrieb der Spezialisierungsprodukte über eine gemeinsame Vertriebsstelle wurde vom Bundeskartellamt für erforderlich gehalten, wenn die Notwendigkeit bestand, ein vollständiges Sortiment schnell lieferbereit zu halten, was durch Kollegenlieferungen nicht zu erreichen war und auch nicht dem Handel überlassen werden konnte.¹⁸⁷⁾ In einem bekanntgewordenen Fall wurde der gemeinsame Vertrieb für erforderlich gehalten, weil die Kunden der Vertragspartner aus Garantiegründen alle Erzeugnisse von einem Lieferanten beziehen wollten.¹⁸⁸⁾ Die Erforderlichkeit wurde auch mit der Notwendigkeit eines gemeinsamen Wartungs- und Garantiedienstes begründet.¹⁸⁹⁾

Der Vertrieb von Vertragswaren über eine gemeinsame Vertriebsstelle ist nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu Spezialisierungskartellen (§ 5a GWB) ebenso zulässig wie Kollegenlieferungen.

Zur Beurteilung der Erforderlichkeit der Einbeziehung von nicht spezialisierten Erzeugnissen in den gemeinsamen Vertrieb, ist das Verhältnis zwischen den spezialisierten und nicht spezialisierten Teilen eines Programms von Bedeutung, zudem wird berücksichtigt, ob die nicht spezialisierten Waren ohne die spezialisierten überhaupt vertrieben werden könnten. Im übrigen rechtfertigt eine Randsortenspezialisierung nicht die Einbeziehung des gesamten übrigen Programms in den gemeinsamen Vertrieb.¹⁹⁰⁾

187) s. Fn. 185

188) WuW/E Bundeskartellamt 733 (Baumaschinen), Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 56;

189) WuW/E Bundeskartellamt 1968 101, (Schuhreparaturmaschinen) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1967, S. 51;

190) Benisch, Spezialisierungskooperation, (DB 1967), S. 2062

e4.2.2.2) Rationalisierungssyndikate mit Preisabreden

Bei Rationalisierungssyndikaten ist danach zu differenzieren, ob die Preise einheitlich oder durch die einzelnen Hersteller unabhängig voneinander festgelegt wurden.¹⁹¹⁾

Der Fall Stahllarmaturen enthält folgende interessante Preisvereinbarung: die Kartellpartner verabredeten, daß die gemeinsame Vertriebsstelle in den Fällen, in denen Gesamtaufträge eine gemeinsam festgelegte Preisuntergrenze unterschreiten, die Preisunterschreitung zwischen den Partnern wieder ausgleicht. Im Fall baumaschinen¹⁹²⁾ nahmen die Vertragsparteien auf die Preise, Rabatte, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen durch den Erlaß von gemeinsamen Richtlinien Einfluß. Im Falle Filterplatten und -rahmen hat das Bundeskartellamt den Wünschen der Kartellpartner in sehr weitgehendem Maße nachgegeben.¹⁹³⁾ Eine gemeinsame Verkaufsstelle mit Gewinnpooling wurde für erforderlich gehalten. Die Gewinnpooling ermögliche die Durchführung oft umfangreicher Entwicklungsarbeiten durch einen der Vertragspartner, während der andere die Aufträge entgegennehmen könne. Durch dieses Verfahren komme jedem Vertragspartner auf Dauer ein angemessener Gewinn zu.¹⁹⁴⁾

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Bundeskartellamt bei der Zulassung von Preisabsprachen in Verbindung mit Ver-

191) Gemeinsamer Vertrieb ohne einheitliche Preisfestsetzung s. z.B. WuW/E Bundeskartellamt 883 (Spritzgußmaschinen) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S. 35; Stahlgußarmaturen, s. Fn. 172;

192) s. Fn. 188

193) s. Fn. 72

194) WuW/E Bundeskartellamt 350 (kandierte Früchte)

triebssyndikaten großzügig verfuhr.

e4.2.2.3) Vertriebssyndikate zur Vermeidung von Nachfrageschwankungen

Das Bundeskartellamt hat die Vereinbarung eines gemeinsamen Vertriebs auch dann für erforderlich gehalten, wenn er dem Ausgleich von Nachfrageschwankungen diene.¹⁹⁵⁾ Zur Begründung wurde angegeben, daß der einzelne Vertragspartner umso anfälliger für Nachfrageschwankungen werde, je weiter die Spezialisierung getrieben und je schmaler das Programm des einzelnen Vertragspartners sei. Die Vertragspartner vereinbarten daher häufig, daß eine gemeinsame Vertriebsstelle durch Auftragsverlagerungen der Vertragswaren, die von mehreren Partnern hergestellt werden, für eine gleichmäßige Auslastung der Kapazität aller Partner sorgt, wobei sie regelmäßig gewisse Richtwerte oder Quoten zugrundelegt. Dem Ausgleich von Produktionsschwankungen dient nicht nur die Auftragsverteilung nach Quoten durch die Vertriebsstelle; teilweise wird auch vereinbart, daß die Spezialisierung von Anfang an flexibel gehalten wird. Bei Spezialisierungskartellen dieser Art ist die Produktionsaufteilung zu ändern, wenn sich die Nachfrage langfristig und nachhaltig verschiebt,¹⁹⁶⁾ sodaß ein Ungleichgewicht in der Produktionsauslastung der Kartellpartner entstünde. Bei vorhersehbaren Nachfrageschwankungen wurde in einigen Vereinbarungen niedergelegt, daß die Produktionsaufteilung bei wesentlicher Änderung der Nachfrageverhältnisse jährlich neu gegliedert werden muß.¹⁹⁷⁾

195) s. Fn. 65 a

196) s. Fn. 195

197) Starterbatterien, Ladegeräte, s. Fn. 173

In engem Zusammenhang mit Vereinbarungen über den Ausgleich von Nachfrageschwankungen steht die in der Praxis teilweise vorzufindende Abrede, Produktionskapazitäten durch größere Investitionen nur nach vorheriger Verständigung der Partner zu ändern.

e4.2.2.4) Vertriebssyndikate mit Andienungspflicht

Die Einrichtung einer gemeinsamen Vertriebsstelle ist meist mit der Verpflichtung verbunden, die Vertragswaren ausschließlich über die gemeinsame Absatzorganisation zu vertreiben. (sog. Andienungspflicht) Das Bundeskartellamt hat diese Vereinbarung regelmäßig für erforderlich gehalten.¹⁹⁸⁾

e4.2.2.5) Gemeinsamer Vertrieb über gemeinsame Vertreter

Eine interessante Variante des gemeinsamen Vertriebs findet sich im Falle Spritzgußmaschinen.¹⁹⁹⁾ Vertrieb und Kundendienst erfolgten über gemeinsame Vertreter, wobei jeder Vertragspartner dem Kunden gegenüber selbständig auftrat und Preise und Rabatte alleine bestimmte. Das Bundeskartellamt hat der Vereinbarung nicht widersprochen.

e4.2.3) Die Rechtsformen der Vertriebssyndikate

Bei der rechtlichen Ausgestaltung der gemeinsamen Vertriebs-einrichtung kommen in der Praxis verschiedene Rechtsformen vor.

Im Fall Kunststoffrohre²⁰⁰⁾ hatten die Vertragspartner ursprünglich vereinbart, daß die gemeinsame Vertriebsstelle

198) s. dazu auch die Zusammenfassung auf S. 123 ff.

199) s. Fn. 191

200) s. Fn. 65 a

als Kommissionär tätig wird. Später wurde der Vertrag dahin geändert, daß sie als Eigennändler tätig werden sollte. Im Falle Drei- und Vierzylindergarne²⁰¹⁾ vereinbarten die Vertragspartner den gemeinsamen Vertrieb ihrer Erzeugnisse über eine Vertriebs-GmbH. Im Falle Schuhinstandsetzungsmaschinen²⁰²⁾ erfolgte der Vertrieb über eine gemeinsame Gesellschaft, der auch der Kundenwartungs- und Garantiedienst für die Kartellmitglieder oblag. Im Falle Armaturen²⁰³⁾ ergab sich folgende Konstellation:

Zwei Unternehmer vereinbarten, die spezialisierten Produkte ausschließlich über ihr Tochterunternehmen, einer Vertriebsgesellschaft, die im Handelsvertreterverhältnis für beide Unternehmen tätig war, zu vertreiben. Zugleich wurde verabredet, den gesamten eigenen Bedarf über das Tochterunternehmen zu beziehen.

Die Frage der Rechtsform der Vertriebsorganisation ist nicht nur von theoretischer Bedeutung. Wird die Vertriebsorganisation nämlich als Eigennändler tätig, so liegt nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes immer eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB vor. Wird sie dagegen als Agentur tätig, dann ist § 1 GWB nur berührt, wenn die Gesellschafter nicht durch die Gesellschaft hindurch ein direktes Durchgriffsrecht auf die Gestaltung des jeweiligen Einzelgeschäftes haben und Einfluß auf die Gestaltung der Preise, Lieferungen und Zahlungsbedingungen nehmen können. Wird von dem vertraglich vereinbarten Bestimmungsrecht auf Dauer kein Gebrauch

201) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S.53

202) s. Fn. 189

203) s. Fn. 172; s. zum Vertrieb über ein gemeinsames Tochterunternehmen auch Baumaschinen, s. Fn. 188

gemacht, so wird die Wettbewerbsbeschränkung vermutet.

e4.2.4) Gebietsschutzklauseln

In engem Zusammenhang mit der Frage der gemeinsamen Vertriebsorganisationen steht das Problem der Gebietsschutzklauseln und der Marktaufteilungsvereinbarungen. Die Unternehmen versuchen teilweise im Rahmen von Kooperationsverträgen ihre Vertriebsgebiete untereinander aufzuteilen, wofür der Umstand spricht, daß jeder Partner in seinem Absatzgebiet eine Vertriebsorganisation besitzt, die auch für die Erzeugnisse der anderen einen größeren Umsatz erreichen könnte, als eine neu zu schaffende eigene erreichen würde.²⁰⁴⁾ Das Bundeskartellamt steht der Vereinbarung von Gebietsschutzklauseln und Marktaufteilungsvereinbarungen kritisch gegenüber.

In seiner Entscheidung zum Falle Büro- und Zimmermöbel hat es einer vereinbarten Marktaufteilung die Zulassung versagt.²⁰⁵⁾ Die Vertragspartner hatten ursprünglich verabredet, daß das eine Unternehmen die Vertragserzeugnisse ausschließlich im Bürosektor, das andere ausschließlich im Einrichtungssektor vertreiben sollte. Das Bundeskartellamt stellte fest, daß diese Marktaufteilung im Vertrieb zur Durchführung der Spezialisierung nicht erforderlich sei.

Im Falle Falender wurde einer Gebietsschutzvereinbarung nicht widersprochen, weil Direktlieferungen eines Vertragspartners in das Gebiet des anderen nach dem Kartellvertrag möglich und zulässig waren.

204) elektrische Herrenarmbandwecker, BAnz. 1971 147, s. dazu auch den von der EG-Kommission entschiedenen Fall Jaz/Peter, s. Fn. 183, WuW/E Bundeskartellamt 802 (Falender); s. Fn. 194

205) s. Fn. 65 a, s.a. Briketts, s. Fn. 174

e4.3) Gemeinsamer Einkauf

Nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 5 Abs. 3 Satz 1 GWB können nicht nur Vertriebs-, sondern auch Beschaffungssyndikate errichtet werden. Einkaufskooperationen haben bislang in Verträgen nach § 5a GWB keine große Rolle gespielt. Eine Einkaufskooperation findet sich im Falle Starterbatterien.²⁰⁶⁾ Das Bundeskartellamt hat der Vereinbarung nicht widersprochen. Der Kartellvertrag sah die Errichtung einer gemeinsamen Einkaufsstelle für den Erwerb der nicht von den Partnern hergestellten Erzeugnisse, sowie der Rohmaterialien und Halbfertigungserzeugnisse vor.

e4.4) Spezialisierungskooperationen nach § 5a Abs. 1 Satz 2 und Vereinbarungen über technische Zusammenarbeit

Spezialisierungsvereinbarungen nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB enthalten häufig Abreden über verschiedenste Formen technischer Zusammenarbeit, die allerdings nur teilweise den Wettbewerb beschränken. Vereinbarungen über den Austausch technischer Erfahrungen oder Preislisten beschränken grundsätzlich nicht den Wettbewerb.

Im einzelnen finden sich in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes folgende wettbewerbsbeschränkende Abreden:

Die Vereinbarung, auf dem Vertragsgebiet in Forschung, Entwicklung und Konstruktion zusammenzuarbeiten und bestimmte bisher noch nicht oder nicht in Deutschland hergestellte Erzeugnisse gemeinsam zu entwickeln.²⁰⁷⁾

206) s. Fn. 173

207) elektrische Herrenarmbandweckeruhren, s. Fn. 204, Pneumatische Förderer s. Fn. 89; Spritzgußmaschinen s. Fn. 191; Baumaschinen, s. Fn. 188;

Im Falle Uhren²⁰⁸⁾ vereinbarten die Vertragspartner die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zum Zweck der technischen Entwicklung von elektrischen Uhrwerken. Die neu entwickelten Produkte sollten von beiden Partnern selbständig, aber unter einer eigenen Marke vertrieben werden. Im Fall Druckluftwerkzeug vereinbarten die Parteilpartner die Errichtung eines paritätisch besetzten Entwicklungsausschusses zur Koordinierung der künftigen Produktion.²⁰⁹⁾

Teilweise wird nicht die Entwicklung eines bestimmten Produktes vereinbart, sondern eine allgemeine Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung verabredet.²¹⁰⁾ Neben der kartellfreien Vereinbarung, gegenseitig Erfahrungen auszutauschen, wird häufig die Gewährung von Lizenzen auf etwa anfallende Schutzrechte verabredet.²¹¹⁾ Im Falle Sägewerksmaschinen²¹²⁾ verpflichteten sich die Vertragsparteien zur Erteilung einfacher Patentlizenzen und zur gegenseitigen Gewährung ihres Know how, sofern die Marktentwicklung dies erforderlich mache.

208) s. Fn. 82

209) WuW/E Bundeskartellamt 848, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1973, S. 81;

210) Großantennen, s. Fn. 149, Pneumatische Förderer, s. Fn. 89

211) s. Fn. 191, Spritzgußmaschinen, wobei zusätzlich vereinbart wurde, die aufgrund der Zusammenarbeit erworbenen Kenntnisse geheimzuhalten. Die Verpflichtung der Vertragspartner als Lizenznehmer zur Geheimhaltung ergibt sich aus § 18 UWG, der die Weitergabe von anvertrauten Vorlagen technischer Art unter Strafe stellt. Schuhinstandsetzungsmaschinen, hier werden gegenseitig "einfache Lizenzen" gewährt, s. Fn. 189

212) WuW/E Bundeskartellamt 409, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1970, S. 55

Als eine schwerwiegende Beschränkung des Wettbewerbs ist die Verpflichtung der Kartellpartner anzusehen, patentrechtliche oder sonstige Schutzrechte an Dritte nur mit Zustimmung des Partners weiterzugeben.²¹³⁾ Das Bundeskartellamt begegnet Vereinbarungen dieser Art mit großer Zurückhaltung.

Im Falle Spritzgußmaschinen mußte diese Verpflichtung auf Veranlassung des Bundeskartellamtes dahin eingeschränkt werden, daß die Zustimmung nur aus wichtigem Grunde verweigert werden durfte.²¹⁴⁾ Teilweise wurde die Frage der Weitergabe von Schutzrechten dadurch gelöst, daß einem Vertragspartner ein Widerspruchsrecht gegen die Weitergabe eingebrachter Schutzrechte an Außenseiter eingeräumt wurde, wenn ein wirtschaftlich billiger Grund für den Widerspruch bestand. Die Frage der Weitergabe gewerblicher Schutzrechte oder sonstiger Lizenzen spielt bei Kooperationsvereinbarungen nach § 5a GWB eine große Rolle. In den meisten Kooperationsverträgen über technische Zusammenarbeit finden sich Vertragsklauseln, die diese Frage betreffen.

Im Falle Armaturen-Ring vereinbarten die Vertragspartner, während der Vertragsdauer Lizenzverträge mit Dritten nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des anderen Partners abzuschließen. Die Zustimmung durfte nur aus wichtigem Grunde verweigert werden.²¹⁵⁾ Teilweise findet sich auch die Vertragsklausel, etwaige Schutzrechte auf dem Vertragsgebiet zunächst dem anderen Partner anzubieten, ehe sie verwertet werden.

213) Spritzgußmaschinen, Stahllarmaturen, s. Fn. 211

214) Spritzgußmaschinen, s. Fn. 211

215) Armaturenhersteller, s. Fn. 65 a

Technische Kooperationen enthalten häufig die Vereinbarung, einheitliche Konstruktionselemente für die Vertragswaren zu schaffen. Zur Sicherung der einheitlichen Konstruktion wird zusätzlich verabredet, daß konstruktive Neuerungen nur nach vorheriger Rücksprache mit anderen Beteiligten durchgeführt werden dürfen und diesen zur kostenlosen Nutzung überlassen werden müssen. Zur Vereinheitlichung der Produktion wird häufig vereinbart, die Erzeugnisse einheitlich zu kennzeichnen und unterschiedliche Werksnormen auszugleichen.

e4.5) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu den typischen Kooperationsformen

Die typischen Zusatzabreden nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB sind Kollegenlieferungen, Syndikate und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen über technische Zusammenarbeit.

Das Bundeskartellamt hat Kollegenlieferungen mit und ohne Andienungspflicht zugelassen. Selbst einer Verpflichtung zur Vornahme von Investitionen für den Fall, daß die Lieferpflicht nicht erfüllt werden könnte, wurde nicht widersprochen. Die Verlagerung der Frachtkosten für Kollegenlieferungen auf alle Kartellpartner wurde nicht beanstandet.

Das Bundeskartellamt hat die einheitliche Festlegung der Preise für Kollegenlieferungen und die Vereinbarung von Meistbegünstigungsklauseln erlaubt. Selbst die gemeinsame Festsetzung der Preise im Außenverhältnis ist nicht beanstandet worden. Das Bundeskartellamt hat allerdings für die Vereinbarung, das Haftungsrisiko, das sich aus der Verpflichtung zur Gewährleistung ergab, auszugleichen, die Erforderlichkeit verneint.

Vertriebskooperationen mit und ohne Andienungspflicht wurden nicht beanstandet. Der Vertrieb nicht spezialisierter Erzeugnisse über die gemeinsame Vertriebseinrichtung wurde in einem Fall zugelassen und in einem untersagt. Vertriebssyndikate in Verbindung mit einheitlicher Preisfestsetzung wurden erlaubt.

Das Bundeskartellamt hat Verträge zugelassen, in denen die Vertriebsstelle Aufträge nach Quoten auf die Kartellpartner verteilte. Der gemeinsame Vertrieb von Vertragswaren über gemeinsame Vertreter blieb unbeanstandet. Marktaufteilungen und ausschließliche Gebietsschutzklauseln wurden dagegen nicht mehr als erforderlich angesehen. Gebietsschutzklauseln wurden nur als zulässig erachtet, wenn Direktlieferungen in das Vertragsgebiet des Partners nach dem Kartellvertrag zulässig und möglich waren.

Der Errichtung einer gemeinsamen Einkaufsstelle für Rohmaterialien, Halbfertigerzeugnissen und Produkten, die von den Parteien nicht mehr hergestellt wurden, hat das Bundeskartellamt nicht widersprochen.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zur gemeinsamen Entwicklung von technischen Erzeugnissen hat das Bundeskartellamt positiv beurteilt. Es ist dagegen gegen solche Verträge eingeschritten, die die Gewährung von Patenten, Lizenzen und sonstigen Schutzrechten an Dritte ausschließlich verboten.

Insgesamt kann festgestellt werden, daß das Bundeskartellamt typische Zusatzabreden nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB großzügig zugelassen hat.

e5) Sonstige Formen der Unternehmenskooperation nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB

Neben den Kooperationsvereinbarungen über technische Zusammenarbeit finden sich in den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden eine Reihe anderer Verträge, die sich nicht ohne weiteres unter einen gemeinsamen Oberbegriff einordnen lassen. Hierzu gehört die Vereinbarung, nur gemeinsam zu werben.²¹⁶⁾

216) s. Fn. 177

Wie der Fall Baustahlmatten²¹⁷⁾ zeigt, ist die Werbefunktion häufig der gemeinsamen Vertriebsorganisation übertragen, die teilweise auch noch die Auftragsverteilung an die Kartellpartner und den technischen Kundendienst wahrnimmt.²¹⁸⁾

Neben der Vereinbarung, gemeinsam zu werben, findet sich teilweise die Abrede, die spezialisierten Vertragsprodukte nicht an Dritte zu liefern,²¹⁹⁾ oder mit Dritten nicht auf dem Vertragsgebiet zusammenzuarbeiten, soweit dadurch der Zweck des Vertrages gefährdet oder vereitelt würde.²²⁰⁾

In einigen bekanntgewordenen Kooperationsverträgen ist die Verpflichtung enthalten, Investitionen für den Fall vorzunehmen, daß die Nachfrage die Produktionskapazität beim herstellenden Unternehmen längere Zeit überschreitet.²²¹⁾ Die Kartellpartner verpflichten sich vielfach, einander die Einkaufspreise und Bezugsquellen mitzuteilen.

Aufgrund der Unternehmensstruktur der beteiligten Kartellpartner scheidet die Vereinbarung von Kollegienlieferungen oder die Errichtung einer gemeinsamen Vertriebsstelle häufig aus. In Fällen dieser Art bietet sich für die Vertragsschließenden die Möglichkeit, Aufträge an den anderen Vertragspartner weiterzugeben, soweit sie dessen Spezialisierungsgebiet betreffen. Im Fall Pneumatische Förderer²²²⁾ vereinbarten die beiden Vertragsschließenden, daß sich das eine Unternehmen schwer-

217) WuW/E Bundeskartellamt 1976 29, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1975, S. 50 ;

218) s. Fn. 217

219) WuW/E Bundeskartellamt 1970 143 (Automatische Schiffhilfswinden)

220) Großantennen, s. Fn. 149

221) Flaschenkapseln, s. Fn. 134

222) s. Fn. 89

punktmäßig auf dem Gebiet der Nieder-, das andere überwiegend auf dem Gebiet der Hochdrucktechnik betätigen solle. Zur Sicherung der Spezialisierung wurde eine Auftragsweitergabe in der oben beschriebenen Art vereinbart. Jeder Vertragspartner wahrte seine selbständige Stellung auf dem Markt und seine wirtschaftlichen Verbindungen zu den Abnehmern. Die Weitergabe eines Vertrages erfolgte nur, wenn der andere Partner bereit war, in die mit dem Abnehmer bereits vereinbarten Verkaufsbedingungen über Qualität, Preis, Lieferzeit, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einzutreten.

Das Bundeskartellamt hat keiner der oben beschriebenen Vereinbarungen widersprochen.

f) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden zu § 5a GWB

Die Untersuchung der Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden, insbesondere des Bundeskartellamtes zu Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB ergab, daß die Verträge nur in seltenen Fällen beanstandet wurden. Auf die Beanstandung des Bundeskartellamtes haben die Unternehmen zumeist die unzulässige Vereinbarung zurückgenommen. Bei den von 1966 bis 1977 angemeldeten Spezialisierungskartellen erging nur in einem einzigen Falle ein formeller Widerspruch.²²³⁾ Diese geringe Quote ist primär darauf zurückzuführen, daß die Vertragspartner häufig bereits vor der Anmeldung des Kartells an das Bundeskartellamt herantraten, um ihre Vereinbarung einer rechtlichen Vorprüfung zu unterziehen. Dieses Verfahren ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, zeigt sich aber als sehr praktikabel. Denn häufig könnte eine Prüfung des Vertrages nicht innerhalb von 3 Monaten erfolgen (s. § 5a Abs. 3 GWB), sodaß ihm widersprochen werden müßte. Beispielhaft sei

223) s. Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes für den besagten Zeitraum

hier der Fall Drei- und Vierzylindergarne²²⁴⁾ erwähnt. Das Bundeskartellamt konnte in mehreren vor der Anmeldung mit den beteiligten Unternehmen geführten Besprechungen die Änderung wesentlicher Bestimmungen des Kartellvertrages veranlassen und dadurch die Grundlage für die Zulassung des Vertragswerkes nach § 5a GWB schaffen. Durch diese Vorarbeiten vor Beginn des eigentlichen Verfahrens war es möglich, die erforderlichen Nachweise zu erbringen und einen Widerspruch zu vermeiden.

Der zweite Grund für die geringe Zahl von Widersprüchen liegt darin, daß die beteiligten Unternehmen eher geneigt sind, eine Vertragsbestimmung zurückzunehmen, als einen Widerspruch zu riskieren. Ein Beispiel hierfür ist der Fall Gießereierzeugnisse.²²⁵⁾ Das Bundeskartellamt hatte einen Widerspruch angekündigt, weil es das Bestehenbleiben wesentlichen Wettbewerbes verneinte. Die Anmeldung wurde darauf zurückgenommen. Im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1971 (S. 17) ist eine Vereinbarung erwähnt, die zunächst nach § 5a GWB angemeldet wurde. Nachdem das Bundeskartellamt das Bestehenbleiben wesentlichen Wettbewerbes verneinte, wurde der Antrag zurückgenommen. Dem daraufhin eingereichten Erlaubnisantrag nach § 5 Abs. 2 GWB wurde entsprochen.

2) Die Auslegung des § 5b GWB nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes

a) Die gesetzgeberische Zielsetzung des § 5b GWB

Der durch die 2. Kartellgesetznovelle eingefügte § 5b GWB²²⁶⁾

224) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1966, S.53

225) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1969, S.56
s.a. Großantennen, s. Fn. 149

226) BGBl I 1974, S. 869

eröffnet kleineren und mittleren Unternehmen zusätzliche Möglichkeiten zur Realisierung einer leistungssteigernden Kooperation. Nach der Intention des Gesetzgebers soll die Bestimmung dem Ausgleich struktureller Nachteile kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber größeren Wettbewerbern dienen und damit langfristig die Voraussetzungen für den Wettbewerb verbessern. Die Zielsetzung des § 5b GWB hat der Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Kooperationsvereinbarungen, die sich auf § 5b stützen, ausdrücklich auf kleine oder mittlere Unternehmen beschränkte. Damit steht fest, daß eine Kooperation zwischen großen Unternehmen nicht nach § 5b legalisierbar ist. Nach Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums hat sich die Vorschrift insoweit bewährt.²²⁷⁾ Die durch § 5b eröffneten Möglichkeiten zulässiger Mittelstandskooperationen haben danach wesentlich dazu beigetragen, die Wettbewerbssituation kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern. Die zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen stünden bei den bislang praktizierten Mittelstandskooperationen in einem angemesseneren Verhältnis zu den erreichten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen. Die Vorschrift des § 5b GWB habe sich als eine wirkungsvolle Ergänzung der vor der 2. Novellierung des Kartellgesetzes schon bestehenden Kooperationsmöglichkeiten erwiesen.²²⁸⁾

Nach der neuesten Mitteilung des Bundeswirtschaftsministeriums sind seit Oktober 1973 vom Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden der Länder nach § 5b 50 Mittelstandskooperationen zugelassen worden, an denen über 600 Unternehmen be-

227) Süddeutsche Zeitung Nr. 264 (1977)

228) s. dazu auch Stahl, Kooperationsförderung und Kartellgesetznovelle, (WuW 1978) S. 6 ff.

eteiligt sind.²²⁹⁾ Das Interesse an Mittelstandskartellen habe sich in den vergangenen 2 Jahren verstärkt.

b) Die vom Kartellrecht der EWG abweichende Rechtssystematik

Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung des § 5b GWB einen anderen Weg gegangen, als er im Europarecht vorgezeichnet war. Die Kommission der EWG hatte Kooperationserleichterungen für kleinere und mittlere Unternehmen u.a. dadurch geschaffen, daß sie eine "Spürbarkeitsgrenze" festlegte, innerhalb derer wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen als kartellrechtlich irrelevant angesehen wurden.²³⁰⁾ Diese Lösung hatte sich auch für das deutsche Kartellrecht angeboten, sie ist diskutiert und verschiedentlich auch vertreten worden. Der deutsche Gesetzgeber ist aber diesem Vorbild zu Recht nicht gefolgt, da er die Gefahr einer Aushöhlung des deutschen Wettbewerbsbegriffes heraufbeschworen hätte. Einer generellen Aushöhlung des Begriffes der Wettbewerbsbeschränkung, wie sie bereits in Gesetzesinitiativen vorgesehen war,²³¹⁾ wurde in Literatur und Politik entgegengetreten.²³²⁾ Durch die Einfügung des § 5b wurde der Kartellbegriff des § 1 unberührt gelassen und eine Aushöhlung des § 1 GWB vermieden. § 5b erfaßt ebenso wie § 5a GWB nur solche Kooperationsformen, die sich in der Rechtsform eines Kartells im Sinne des § 1 GWB vollziehen. Diejenigen Kooperationsformen, die nicht unter § 1 fallen, brauchen auch nicht vom Kartellverbot freigestellt zu werden und liegen daher außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5b GWB.²³³⁾ Durch die Einfügung des § 5b in das GWB wurde die Kooperationsfibel

229) s. Fn. 227 und Fn. 228

230) s. dazu oben S. 29 ff.

231) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 4 zu § 5b GWB, ursprünglich war die Einfügung eines § 1a GWB geplant;

232) Sandrock, Kartellgesetz-Novelle, (WuW 1969), S. 211; Hoppmann, Bagatellkartelle, (DB 1970), S. 98

233) Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT Drucks. VI 25 S. 43

des Bundeswirtschaftsministeriums nicht berührt, da diese den Bereich der Kooperation abgrenzt, der mangels Wettbewerbsbeschränkung ohnehin nicht unter das Kartellverbot fällt.²³⁴⁾

c) Der Anwendungsbereich des § 5b GWB

Im Gegensatz zu § 5a GWB bezieht sich § 5b GWB auf alle Bereiche zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit und nicht nur auf Spezialisierungskooperationen. Über § 5b können alle Unternehmenskooperationen zugelassen werden, die der Verbesserung der Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen dienen.²³⁵⁾

Nach § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB können zwar auch alle Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit vereinbart werden; die zusätzlichen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen müssen aber für die Durchführung der Spezialisierung "erforderlich" sein; die Spezialisierung muß immer im Vordergrund stehen.²³⁶⁾ Hierdurch unterscheidet sich § 5a GWB wesentlich von § 5b, wo nicht nur Spezialisierungskartelle, sondern alle Kooperationsformen vereinbart werden können, ohne daß eine Priorität der Spezialisierung erforderlich wäre.

Bei den angemeldeten Kartellen finden sich die unterschiedlichsten Kooperationsformen. Die gesetzgeberische Intention,

234) BT Drucks. 7/765 S. 4 zu der in der Literatur erörterten und verneinten Frage, ob § 5b auch die Freistellung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und abgestimmten Verhaltensweisen erfaßt; s. Ueringer, Gemeinschaftskommentar, Fn. 10 zu § 5b GWB

235) Merkblatt über die Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen nach § 5b des Kartellgesetzes vom 15.4.1975

236) s. dazu Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976 S. 44, wo die Behörde feststellt, daß eine Rationalisierung durch Spezialisierung nur vorliege, wenn die Kartellpartner den Kartellvertrag gerade wegen der durch die Spezialisierung erreichbaren Vorteile abschließen

§ 5b für alle Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit zu öffnen, wurde mithin erreicht.²³⁷⁾ Die Absicht des Gesetzgebers hat in dem Tatbestandsmerkmal "zwischenbetriebliche Zusammenarbeit" Ausdruck gefunden. Der Begriff ist vom Wirtschaftsausschuß (a.a.O. S. 3) anstelle der ursprünglichen Fassung "Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen" verwendet worden, um klarzustellen, daß § 5b alle Formen der Kooperation, einschließlich der Ausgliederung einzelner Unternehmensfunktionen, erfaßt. Der jetzt verwendete Gesetzeswortlaut geht weiter, als der ursprüngliche und umfaßt nicht nur die Ausgliederung und Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen, sondern alle denkbaren Formen der Zusammenarbeit zwischen an sich selbständigen Unternehmen, gleichgültig, auf welche und wieviele Funktionen sich die Kooperation erstreckt und welche Organisationsform sie wählt.²³⁸⁾

d) Die an Kooperationen nach § 5b GWB beteiligten Branchen

Bei Kooperationen nach § 5a GWB ist eine Vielzahl unterschiedlicher Branchen beteiligt. Kooperationen nach § 5b GWB kommen dagegen schwerpunktmäßig in bestimmten Wirtschaftsbereichen vor. Von den 50 genehmigten Mittelstandskartellen finden sich allein 26 im Bereich der Steine- und Erdindustrie. Für den Baustoffsektor wurden 5 Kartelle gebilligt. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß die verstärkten Kooperationen in diesen Branchen eine Folge der ungünstigen Wirtschaftslage der letzten Jahre und der damit hervorgeru-

237) Im Jahre 1976 wurden fast ausschließlich Verkaufssyndikate angemeldet; s. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 12

238) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 14 zu § 5b GWB

fenen verstärkten Konkurrenz wären.²³⁹⁾

e) Die an den Unternehmenskooperationen beteiligten Unternehmen

An Unternehmenskooperationen nach § 5b GWB können nur kleine und mittlere Unternehmen beteiligt sein. Die Ausführungen im Bericht des Wirtschaftsausschusses, wonach mit dem Wortlaut "kleine und mittlere Unternehmen" nur die "Zielsetzung umschrieben werden soll", während die entscheidenden materiellen Voraussetzungen in den Tatbestandsmerkmalen "Rationalisierung" und "keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs" liegen, ist mit dem Wortlaut der Vorschrift kaum vereinbar. Die Entscheidungspraxis der Kartellämter ist über die Auslegung des Wirtschaftsausschusses hinweggegangen und hat sich streng an den Gesetzeswortlaut gehalten. Danach bildet auch das dritte Tatbestandselement (kleine und mittlere Unternehmen) eine materielle Voraussetzung der Zulassung von Kooperationsabsprachen.²⁴⁰⁾ Eine Rechtfertigung dieser Entscheidungspraxis ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch aus ihrer Entstehungsgeschichte.

In seinem Tätigkeitsbericht von 1971 (S. 18) erklärte das Bundeskartellamt, daß die Praxis zu § 5a GWB zeige, daß die vornehmlich für die mittelständische Wirtschaft konzipierte Vorschrift in erheblichem Umfang auch von größeren Unternehmen ausgenutzt werde und daß dies auch für die in § 5b vorgesehene weitergehende Freistellungsmöglichkeit zu erwarten sei. Die im Regierungsentwurf ursprünglich enthaltene Formulierung

239) s.a. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 13 ff., wo festgestellt wird, daß es im "Bereich Steine und Erden" zu einer Kumulation von Kartellen auf gleichen und benachbarten Märkten gekommen sei.

240) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 29 zu § 5b GWB

"wenn der Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt wird" ermöglichte auch Großunternehmen, zumindest auf Teilmärkten die Freistellung in Anspruch zu nehmen. Die Folgerung aus der Erklärung des Bundeskartellamtes hat der Gesetzgeber mit der Einfügung des Tatbestandsmerkmals "kleine und mittlere Unternehmen" in § 5b GWB gezogen.²⁴¹⁾

Der Wortlaut des § 5b GWB verhindert nur die ausschließliche Beteiligung von Großunternehmen an Kartellen nach § 5b. Die "Mittelstandsklausel" schließt aber nicht aus, daß im Einzelfall auch große Unternehmen an einer Kooperationsvereinbarung kleiner und mittlerer Unternehmen beteiligt sind. Im Bericht des Wirtschaftsausschusses heißt es dazu:²⁴²⁾ " die Formulierung schließt nicht aus, daß u.U. auch große Unternehmen an dem Vertrag beteiligt sind. Entscheidend ist, daß der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und der Vertrag der Förderung der Leistungsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen dient. Dagegen ist die Kooperation zwischen Großunternehmen durch § 5b nicht gedeckt."²⁴³⁾

Die Beteiligung von Großunternehmen an Mittelstandskooperationen setzt voraus, daß die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen durch die Beteiligung großer Unternehmen an der Kooperation gefördert wird oder daß der Zweck der Kooperation von Klein- und Mittelbetrieben ohne die Teilnahme großer Unternehmen nicht oder nicht mit derselben Wirksamkeit erreicht werden könnte.

241) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 30 zu § 5b GWB

242) BT Drucks. 7/765, S. 3; s. auch Fn. 235

243) s.a. Ebel, Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, (NJW 1973), S. 1578; s.a. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 13 ff. und die dort veröffentlichte Übersicht über die Gesamtumsätze der einzelnen Kartellmitglieder bei 5b-Kartellen;

Im Falle eines Mittelstandskartells von Unternehmen der Bimsbaustoffindustrie²⁴⁴⁾ erhob sich die Frage, ob die Beteiligung der Tochtergesellschaft eines Großunternehmens mit § 5b GWB vereinbar sei. Das Bundeskartellamt hat darauf abgestellt, daß die Tochtergesellschaft selbst nur eine mittlere Unternehmensgröße aufwies, sodaß es deren Beteiligung an dem Kartell als zulässig erachtete.²⁴⁵⁾

Ein Beispiel für die Beteiligung eines Großunternehmens an einem Mittelstandskartell findet sich in der Kooperationsvereinbarung, die zwischen einer Großgärtnerei und dem Otto-Verband, Hamburg geschlossen wurde.²⁴⁶⁾ Nach Auffassung des Bundeskartellamtes stand die Beteiligung eines Großunternehmens der Legalisierung des Kartells nicht entgegen, da sie sich für den kleineren Vertragspartner günstig auswirkte. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs wurde angesichts der kurzen Vertragsdauer von einem Jahr verneint.

Der Begriff "kleine und mittlere Unternehmen" läßt sich nur im Einzelfall aufgrund der jeweiligen Marktstruktur bestimmen.²⁴⁷⁾ Eine Abgrenzung allein aufgrund absoluter Größenzahlen wie z.B. Jahresumsatz und Beschäftigtenzahl würde der Zielsetzung des § 5b, strukturelle Wettbewerbsnachteile auszugleichen, zuwiderlaufen, da das Bestehen solcher Nachteile primär von der Relation der Unternehmensgrößen in den einzelnen Wirtschaftszweigen abhängt. Entscheidend für den Begriff "kleiner oder mittlerer Unternehmen" ist vor allem die Relation zu den großen Unternehmen der jeweiligen Branche. Sofern

244) WuW/E Bundeskartellamt 566

245) s. als praktisches Beispiel einer solchen Kooperation BAnz. 1974 3

246) WuW/E Bundeskartellamt 752

247) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 13, ff.

die Betrachtung nach der Größenrelation kein eindeutiges Ergebnis bringt, kann aus der "Mittelstandsklausel" in § 24 Abs. 8 Nr. 2 GWB entnommen werden, daß bis zu einer Umsatzgröße von 50 Mio DM in aller Regel nicht von Großunternehmen die Rede sein kann.²⁴⁸⁾ Allerdings dürften sowohl nach oben wie nach unten gewisse absolute Grenzen bestehen:

Ein Unternehmen mit 20 Mio DM Jahresumsatz ist kein Großunternehmen, auch wenn die anderen Unternehmen dieser Industrie wesentlich kleiner sind; umgekehrt ist ein Unternehmen mit 500 Mio DM Umsatz kein mittelständisches mehr, auch wenn seine Bewerber alle die Milliardenengrenze überschreiten.²⁴⁹⁾ In der Praxis hat die Frage der absoluten Unternehmensgrößen bislang soweit ersichtlich noch keine Rolle gespielt.

f) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Durch die Kooperationsvereinbarung nach § 5b GWB darf der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt werden (§ 5b Abs. 1 GWB). Die Wettbewerbsklausel ist für die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Kooperationsabrede das wichtigste Tatbestandsmerkmal. Nach der Zielvorstellung des Gesetzgebers sollten durch § 5b GWB die Möglichkeiten für eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen erweitert werden. Es dürfen keine Unternehmensgrößen entstehen, deren Marktstärke wesentlich

248) s. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 13 ff., kritisch zu einer zahlenmäßigen Festlegung: Deringer, Gemeinschaftskommentar Rn. 35 zu § 5b GWB, der darauf hinweist, daß sich in §§ 22 ff. GWB sehr unterschiedliche Zahlenangaben finden, sodaß sich eine brauchbare Grenze nicht finden lasse. Ebel, Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, (NJW 1973), S. 1579 zieht die Grenze bei 250 Mio DM;

249) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 35 zu § 5b GWB

über derjenigen ihrer Wettbewerber liegt. Die Kooperation muß eine ausgewogene Wettbewerbsstruktur auf den betreffenden Märkten bestehen lassen. Wann der Wettbewerb beeinträchtigt ist, kann in jedem Einzelfall nur eine Gesamtwürdigung der Auswirkungen des Kartells auf die Wettbewerbsbedingungen des jeweils maßgeblichen Marktes ergeben. Bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen ist primär die Marktstellung, vor allem der Marktanteil der an der Kooperation beteiligten Unternehmen, sowie die Art der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit, insbesondere der Grad der mit ihr verbundenen Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen. Der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages hat hierzu erklärt:²⁵⁰⁾ "Der Ausschuß hat außerdem die Frage erörtert, inwieweit sich die Wettbewerbsklausel des § 5b von der des § 5a -einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen- unterscheidet. Es bestand Übereinstimmung, daß § 5b die schärfere Fassung darstellt. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann auch dann vorliegen, wenn ein wesentlicher Wettbewerb fortbesteht." Der Ausschuß sieht die kritische Grenze bei einem kartellierten Marktanteil von 10 bis 15 %, wenn z.B. Preise, Rabatte oder Zahlungsbedingungen, die im konkreten Fall tatsächlich Preisbestandteil sind, abgesprochen werden. Eine Aufnahme bestimmter Marktanteils Grenzen in das Gesetz erschien dem Ausschuß nicht angezeigt, weil es entscheidend auf die Qualität der Beschränkung ankommt.

Der Gesetzgeber ging nicht von absoluten Marktanteils Grenzen aus, bei deren Überschreiten eine Kooperation nach § 5b GWB

250) BT Drucks. 7/765, S. 3

unzulässig wäre.²⁵¹⁾

Die Obergrenze ist sowohl nach quantitativen wie nach qualitativen Gesichtspunkten zu ziehen.²⁵²⁾ Die zulässige Höhe des Marktanteils hängt von Art und Ausmaß der mit einer Kooperation verbundenen Wettbewerbsbeschränkung ab. Je weniger schwerwiegend die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind, desto höher kann der Marktanteil des Kartells sein. Erforderlich ist in jedem Fall, daß eine hinreichende Zahl von Wettbewerbern bestehen bleibt. Bei Absprachen über Preise, Rabatte oder sonstige Preisbestandteile liegt die kritische Grenze in der Regel bei einem Marktanteil der beteiligten Unternehmen von zusammen 10 - 15 %. Die Grenze ist allerdings nicht starr, sondern kann überschritten werden, wenn auf dem Markt ein oder mehrere marktstarke Unternehmen tätig sind oder potentieller Wettbewerb besteht.²⁵³⁾ Bei Beschränkungen geringerer Qualität, z.B. für die Werbung kann die Marktanteilsgrenze wesentlich höher liegen. Insgesamt ist daher bei der Prüfung der Frage, ob der Wettbewerb wesentlich eingeschränkt wird, auf den Marktanteil der beteiligten Unternehmen und auf die

251) s. dazu auch Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 13 f., wo das Bundeskartellamt feststellt, daß insbesondere bei einer Kumulation von Kartellen in einer bestimmten Branche die Marktanteilsgrenze strikt einzuhalten sei.

252) Steindorff, zur Novellierung des Kartellrechts, (BB 1970) S. 827; Hoppmann, Bagatellkartelle, (DB 1970), S. 98; Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 25/26 zu § 5b GWB

253) s. Fn. 235; s.a. Pressebericht des Bundeskartellamtes vom 11.1.1978 Nr. 2/78, wo einer Vertriebskooperation vom Bundeskartellamt widersprochen wurde, weil ihr Marktanteil für die Vertragswaren bei etwa 50 % lag. Bei dieser Gelegenheit hat das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, daß bei so schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen wie der Vereinbarung einheitlicher Preise, allenfalls ein Marktanteil von 15 % zugelassen werden könne.

Intensität ihrer Kooperation abzustellen.²⁵⁴⁾ Überschreitet die Wettbewerbsbeeinträchtigung die erlaubte Grenze, so bieten sich zwei Möglichkeiten:

Sofern die Vereinbarung eine Spezialisierungskooperation darstellt, kann sie nach der strengeren Vorschrift des § 5a zugelassen werden, wenn die Zusatzabreden zur Verwirklichung der Spezialisierung erforderlich sind; im übrigen bleibt nur die Möglichkeit, eine Erlaubnis nach § 5 GWB einzuholen.

g) Kooperationsformen nach § 5b GWB

Im Rahmen des § 5b GWB finden sich Kooperationsformen der verschiedensten Art. Von den bei § 5a GWB erwähnten Vertragsgestaltungen unterscheiden sie sich dadurch, daß sie den Wettbewerb noch weitgehender einschränken, was durch die unterschiedliche Tatbestandsfassung der beiden Rechtsnormen ermöglicht wird.²⁵⁵⁾ Zudem steht bei Kooperationen nach § 5b die

254) s. dazu die in der Literatur verwendeten Begriffe der quantitativen und qualitativen Abgrenzung; s. Fn. 252; s. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 13 f., wo es die Frage aufwirft, inwieweit bei der Marktabgrenzung Substitutionserzeugnisse in den sachlich relevanten Markt einbezogen werden können. Bislang sei man großzügig verfahren, um dem Kooperationsgedanken Auftrieb zu geben. Es sei aber zu berücksichtigen, daß einer zu weitgehenden Einbeziehung von Substitutionserzeugnissen entgegenstehe, daß für manche nachgelagerte Wirtschaftsstufen (z.B. Handel und Weiterverarbeitung) geringere Substitutionsmöglichkeiten als für den Endnachfrager bestehen. Auch der Schutz dieser Wirtschaftsstufen vor Vermachtung der ihnen vorgelagerten Märkte verbiete eine zu großzügige Praxis bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes.

255) Die Wettbewerbsklausel des § 5b ist an sich enger als die des § 5a GWB; s. dazu oben S. 36 und Fn. 20; Die Zulassung intensiver Kooperationsformen rechtfertigt sich aber daraus, daß an Kooperationen nach § 5b GWB nur kleine und mittlere Unternehmen beteiligt sind.

Spezialisierung nicht im Vordergrund. Es finden sich eine Vielzahl von Kooperationen, die keine Spezialisierungen betreffen. Hiervon werden in der vorliegenden Untersuchung nur die Spezialisierungskooperationen erwähnt.

g1) Leistungsspezialisierung

Eine interessante Spezialisierung enthält der Fall Fachübersetzer.²⁵⁶⁾ An dem Kartell waren die In-Tra, eine Fachübersetzer-genossenschaft und deren Mitglieder beteiligt. Das Vertragswerk bestand aus dem Genossenschaftsstatut und den zwischen der In-Tra und ihren Mitgliedern geschlossenen Verträgen. Die Kartellpartner vereinbarten, im Rahmen einer Genossenschaft ausschließlich als Fachübersetzer für bestimmte Sprachen und auf bestimmten Fachgebieten tätig zu werden. Die In-Tra sollte zentrale Werbung betreiben und die bei ihr eingehenden Aufträge an die Genossenschaftsmitglieder verteilen. Zugleich sollte die In-Tra mit den Auftraggebern nach einheitlichen Preisen abrechnen und das zentrale Inkasso übernehmen. Da der Marktanteil der Kartellmitglieder unter 10 % lag und die Abrede zu einer Leistungssteigerung der Vertragspartner führte, wurde der Vereinbarung nicht widersprochen.

Eine Leistungsspezialisierung in Verbindung mit einer Arbeitsteilung in der Produktion enthält der Fall Zeitungsunternehmen.²⁵⁷⁾ Zwei Zeitungshersteller vereinbarten eine teilweise gemeinsame Berichterstattung, den gemeinsamen Druck eines Teils der Zeitung und den gemeinsamen Versand. Der Vereinbarung wurde wegen ihrer leistungssteigernden Wirkung nicht widersprochen.

256) WuW/E Bundeskartellamt 1976, 25

257) WuW/E Bundeskartellamt 565

Eine Leistungsspezialisierung besonderer Art enthält der Fall "Möbelspediteure".²⁵⁸⁾ Die dem Kartell angehörenden 68 Möbelspediteure hatten zur besseren Auslastung ihrer Fahrzeuge vereinbart, Transporte mit einer Tarifierntfernung von mehr als 200 km der Deutschen Möbelspedition zu melden, die unter Wahrung der Interessen der meldenden Betriebe die Transporte koordinierte. Im übrigen erstreckte sich die Kooperation auf den gemeinsamen Einkauf und die gemeinsame Werbung. Das Bundeskartellamt hat der Vereinbarung wegen ihrer leistungssteigernden Wirkung nicht widersprochen.

Die Bejahung der leistungssteigernden Wirkung in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes erfolgt regelmäßig aufgrund einer Prognose, da im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der Anmeldung der Nachweis nicht erbracht werden kann, daß der Vertrag oder Beschluß tatsächlich der Förderung der Leistungsfähigkeit dient. Es geht daher für die Kartellbehörde im Widerspruchsverfahren nur darum, die Vereinbarung nach ihrer Eignung zu beurteilen, den in § 5b vorausgesetzten Förderungszweck zu erfüllen.²⁵⁹⁾

g2) Kooperationen im Vertrieb

Bei Spezialisierungsabreden nach § 5b GWB steht die Spezialisierung im Gegensatz zu § 5a GWB nicht im Vordergrund. Häufig werden auch Kooperationsvereinbarungen geschlossen, die keine

258) Presseinformation des Bundeskartellamtes Nr. 49/77 vom 14.11.1977

259) Bericht des Wirtschaftsausschusses S. 3, s. Fn. 17; Zu der in der Literatur erörterten Frage, ob durch die Kooperationsvereinbarung die Leistungsfähigkeit aller beteiligten Unternehmen erhöht werden muß s. Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 34 zu § 5b GWB

Spezialisierung vorsehen, wobei die häufigste Kooperationsform die Vereinbarung eines gemeinsamen Vertriebs ist.²⁶⁰⁾ Vertriebsabreden spielen auch bei Spezialisierungskartellen nach § 5b GWB eine wesentliche Rolle.

Während das Bundeskartellamt im Rahmen des § 5a GWB der Vereinbarung kritisch gegenüberstand, sämtliche Produkte der Kartellpartner über eine gemeinsame Vertriebsstelle zu vertreiben, kann diese Form der Kooperation bei Spezialisierungskartellen nach § 5b geradezu als typisch angesehen werden. Die unterschiedliche Verwaltungspraxis hat ihre Ursache darin, daß bei § 5a der gemeinsame Vertrieb für die Verwirklichung der Spezialisierung "erforderlich" sein muß. Die Erforderlichkeit ist nach der Praxis des Bundeskartellamtes grundsätzlich nur bei den der Spezialisierung unterliegenden Produkten gegeben. Bei § 5b GWB dagegen findet eine Erforderlichkeitsprüfung nicht statt.

Nach den bisherigen Entscheidungen des Bundeskartellamtes waren Ein- und Verkaufsgemeinschaften ohne Erlaubnis zulässig, wenn die Beteiligten keine Andienungspflicht vereinbart hatten.²⁶¹⁾ Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung dieser Vereinbarung wurde verneint. Nachdem durch die im Jahre 1973 neu eingeführte Vorschrift des § 25 Abs. 1 GWB auch das abgestimmte Verhalten verboten wurde, ist eine Änderung dieser Praxis absenbar, soweit sich bei Ein- und Verkaufsgemeinschaften ein abgestimmtes Parallelverhalten zeigen sollte. In Zweifelsfällen sollte daher sogleich eine Legalisierung nach § 5b herbeigeführt werden.²⁶²⁾

260) s. dazu z.B. Sand-, Kies- und Splittunternehmer, RAnz. 1976 194/76; Kalksteinerzeuger, RAnz. 1976 194/76

261) s. Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 37 zu § 5b GWB

262) s. Fn. 261

Bei Spezialisierungskartellen mit Vertriebsabreden nach § 5b GWB zeigen die deutschen Kartellbehörden größtes Entgegenkommen. Im Rahmen gemeinsamer Vertriebsorganisationen nach § 5a GWB hat das Bundeskartellamt streng darauf gesehen, daß für die nicht der Spezialisierung unterliegenden Produkte wesentlicher Wettbewerb erhalten blieb. Bei Kooperationen nach § 5b GWB hat das Bundeskartellamt diese strenge Haltung nicht aufrechterhalten, obwohl insoweit ein unterschiedlicher Gesetzeswortlaut zwischen § 5a und § 5b nicht besteht. Das Bundeskartellamt hat demgemäß Vereinbarungen nicht widersprochen, in denen sich der gemeinsame Vertrieb auf sämtliche, von den Kartellpartnern hergestellten Erzeugnisse erstreckte und hierfür einheitliche Preise festgelegt wurden. Die unterschiedliche Verwaltungspraxis rechtfertigt sich nicht so sehr aus dem unterschiedlichen Wortlaut der beiden Vorschriften, als aus ihrem unterschiedlichen Zweck, wonach § 5b speziell der Mittelstandsförderung dient.

Vereinbarungen über Vertragsgebiete und Marktaufteilungen werden aber auch bei Kartellverträgen nach § 5b GWB kritisch geprüft.

Im Fall Zeitungshersteller²⁶³⁾ werden die Grenzen des Zulässigen nach § 5b GWB offenkundig. Die Vertragsparteien hatten ursprünglich eine Besitzstandsvereinbarung getroffen. Danach war es den Kartellmitgliedern verboten, ihre Zeitungen im Gebiet des anderen Vertragspartners zu verteilen. Das Bundeskartellamt hat dieser Vereinbarung eine rationalisierende Wirkung abgesprochen, wobei es den Begriff der Rationalisierung ebenso wie in den §§ 5 und 5a GWB auslegte. Der Fall zeigt, daß Marktaufteilungen auch im Rahmen des § 5b grundsätzlich unzulässig sind. In diesem Zusammenhang ist die Auffassung

263) WuW/E Bundeskartellamt, 565

der Bundesregierung zu erwähnen²⁶⁴⁾ wonach auch im Rahmen des § 5b auf örtlich begrenzten Märkten die Errichtung markt-
abschließender Partelle nicht ermöglicht werden soll.

Das Bundeskartellamt hat bei Entscheidungen zu Kartellen nach § 5b GWB teilweise der Vereinbarung von Gebietsschutzklauseln nicht widersprochen. Ein sehr weitgehendes Entgegenkommen zeigte es bei 2 Kooperationsvereinbarungen von Brauereien vom 11.6.1974 und 19.6.1974.²⁶⁵⁾ Neben anderen wettbewerbsbeschränkenden Abreden vereinbarten die Vertragsparteien den Schutz der "traditionellen Vertragsgebiete" der Kartellpartner. Im Rahmen dieser Vereinbarung wurde ein gestaffelter Gebietsschutz verabredet. Es wurden Gebiete festgelegt, in denen die Produkte eines Vertragspartners ausschließlich vom anderen zusammen mit dessen eigenen Produkten vertrieben wurden. Daneben wurden Gebiete ausgehandelt, in denen der Vertrieb gemeinschaftlich erfolgen sollte. In den sog. "Ferngebieten" konnte jeder Vertragspartner den Vertrieb nach seinem Belieben regeln. Das Bundeskartellamt hat beiden Vereinbarungen nicht widersprochen.

Eine Gebietsschutzvereinbarung gegen die kein Widerspruch er-
ging, findet sich auch im Fall Fertigbauhersteller,²⁶⁶⁾ wo die Vertragsparteien einen gemeinsamen Vertrieb zu einheitlichen Preisen "im jeweiligen Verkaufsgebiet" des Herstellers vereinbart hatten.

Manche Unternehmen versuchten nicht nur Klauseln über Gebiets-
schutz und Marktaufteilung, sondern auch isolierte Preisab-

264) Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT
Drucks. VI 2520, S. 43

265) WuW/E Bundeskartellamt 751; WuW/E Bundeskartellamt 602

266) Aufzeichnungen des BMWi 19/76

sprachen durchzusetzen. Hierunter sind Preisabreden zu verstehen, die in keinem Zusammenhang mit einer Rationalisierung oder Spezialisierung stehen. Isolierte Preisabsprachen sind auch bei § 5b GWB unzulässig. Als Beispiel aus der Spruchpraxis des Bundeskartellamtes sei hierzu der Fall "Pallas" erwähnt.²⁶⁷⁾ Die Kartellmitglieder verpflichteten sich, beim Vertrieb der Vertragswaren dem Großhandel einheitliche Funktions- und Gesamtumsatzrabatte zu gewähren. Das Bundeskartellamt hat den Rabattabsprachen eine rationalisierende Wirkung abgesprochen. Rabatte hätten Preischarakter und seien daher Preisabreden gleichzustellen. Sie könnten ihrer wirtschaftlichen Natur nach keine Verbesserung des innerbetrieblichen Aufwand-, Ertragsverhältnisses bewirken, da sie keine Produktionsfaktoren seien, die allein durch eine Verbesserung ihres Zusammenwirkens zu einer größeren Wirtschaftlichkeit führen. Der Umstand, daß der Gesetzgeber für Rabattvereinbarungen die Ausnahmevorschrift des § 3 GWB, für die verschiedenen Rationalisierungsabreden indes die Ausnahmevorschriften der §§ 5, 5a und 5b GWB statuiert habe, zeige das besonders deutlich. Entsprechend dieser Rechtslage hat daher auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf 1971²⁶⁸⁾ den Vorschlag abgelehnt, Preisabreden aus dem § 5b auszuklammern. Denn bloße Preiskartelle seien im Rahmen des § 5b ohnehin nicht möglich, da der Entwurf fordere, daß die Zusammenarbeit eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand habe, sodaß Preisabreden immer nur in Verbindung mit Rationalisierungsvereinbarungen getroffen werden können, wenn sie zur Durchführung der Rationalisierung erforderlich sind. Die Zusammenarbeit der Kartellpartner darf sich mithin nicht auf die Abstimmung bestimmter Wettbewerbsparameter wie der Preise oder Rabatte beschränken, sondern muß in der Koordinierung einzelner unter-

267) WuW/E Bundeskartellamt 600

268) BT Drucks. VI 25 S. 43

nehmerischer Tätigkeiten oder Unternehmensfunktionen bestehen.²⁶⁹⁾

g3) Spezialisierungen bei der Neuentwicklung von Produkten

Spezialisierungen bei der Neuentwicklung von Produkten kommen auch bei § 5b GWB vor. Im Falle Bimsbaustoffe²⁷⁰⁾ vereinbarten die Kartellpartner die gemeinsame Neuentwicklung und den gemeinsamen Vertrieb eines Bausteines zu einheitlichen Preisen. Der Vertriebsgesellschaft oblag zusätzlich das Inkasso und die Werbung.

g4) Spezialisierungen in der Produktion mit oder ohne Vertriebsabrede

Teilweise ähneln die Spezialisierungsvereinbarungen nach § 5b Verträgen, wie sie auch bei § 5a GWB angetroffen werden. Im Falle Kalksandsteinhersteller²⁷¹⁾ spezialisierten sich die Vertragspartner auf die Herstellung bestimmter Kalksandsteine und vereinbarten den gemeinsamen Verkauf über eine Vertriebsgemeinschaft. Im Falle Kalksandsteinwerke²⁷²⁾ tritt die Spezialisierungsvereinbarung gegenüber der Vertriebsabrede in den Hintergrund. Gleiches gilt im Falle Wärme- und Schalldämmstoffe,²⁷³⁾ wo lediglich eine Spezialisierungsabsicht der Vertragspartner im Kartellvertrag festgelegt wurde. Im Vordergrund steht die Vereinbarung eines gemeinsamen Verkaufs über eine Vertriebs-GmbH & Co., die am Markt als Eigenhändler mit einheitlichen Preisen und Geschäftsbedingungen auftritt. Die Vertriebsgesellschaft verteilt die Aufträge nach bestimmten Quoten. Im übrigen vereinbarten die Vertragspartner: zentrale

269) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 10 zu § 5b GWB

270) WuW/E Bundeskartellamt 566

271) BAnz. 1975 230/75

272) WuW/E Bundeskartellamt 239

273) WuW/E Bundeskartellamt 23

Werbung, Verbraucherberatung, Marktanalysen und gemeinsame Forschung.

Einen typischen Fall der Spezialisierung mit gemeinsamen Vertrieb wie er auch bei § 5a vorkommen könnte, bildet der Fall Gasbetonerzeugnisse.²⁷⁴⁾ Anders als bei § 5a GWB braucht der Vertrieb nicht, wie bereits erwähnt, auf die Vertragsprodukte beschränkt zu werden.²⁷⁵⁾

h) Ergebnis der Spruchpraxis der deutschen Kartellbehörden, insbesondere des Bundeskartellamtes zu § 5b GWB

Das Bundeskartellamt ist bei der Auslegung des § 5b GWB im wesentlichen zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Die Vorschrift wurde entsprechend ihrem Wortlaut auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt. Die Beteiligung von Großunternehmen an Mittelstandskooperationen wurde allerdings dann zugelassen, wenn sie zur Förderung der Wirtschaftskraft kleiner und mittlerer Unternehmen beitrug.

Die Unternehmensgröße ist nicht absolut, sondern in Relation zu anderen Unternehmen der gleichen Branche bestimmt worden. Eine starre Umsatzgröße hat das Bundeskartellamt nicht festgelegt.

Soweit die Unternehmenskooperation Absprachen über Preise oder sonstige Preisbestandteile betraf, durften die an ihr beteiligten Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 15 % grundsätzlich nicht überschreiten.

Der Vertrieb auch nicht spezialisierter Produkte über die gemeinsame Vertriebsstelle zu einheitlichen Preisen blieb unbeanstandet. Isolierte Preisabsprachen sind allerdings auch im

274) WuW/E Bundeskartellamt 1975 23

275) Gasbetonhersteller, WuW/E Bundeskartellamt 752, wo mit Vereinbarung vom 15.8.1974 der Vertrieb auf sämtliche von den Unternehmern hergestellten Erzeugnisse erweitert wurde.

Rahmen des § 5b GWB unzulässig. Der Vereinbarung einer Auftragsverteilung nach bestimmten Quoten ist nicht widersprochen worden.

Die Grenze des Zulässigen liegt auch im Rahmen des § 5b bei Vereinbarungen über Marktaufteilungen. In einem Fall wurde eine derartige Abrede zurückgenommen, nachdem sie vom Bundeskartellamt beanstandet worden war. Die vertragliche Regelung eines gestaffelten Gebietsschutzes wurde dagegen zugelassen. Das Bundeskartellamt hat nach den untersuchten Entscheidungen nur einem Spezialisierungskartell widersprochen.

Die Landeskartellbehörde Bayern hat im Dezember 1975 einem Kartell nach § 5b GWB von Gesellschaftern einer industriell betriebenen Großbäckerei GEBACK widersprochen,²⁷⁶⁾ da die Vereinbarung zu einem weitgehenden Ausschluß des Wettbewerbs geführt hätte.

Die Praxis der Kartellbehörden im Rahmen des § 5b ist noch großzügiger als bei § 5a GWB, was sich insbesondere bei Vereinbarungen über den gemeinsamen Vertrieb und Gebietsschutzvereinbarungen zeigt. Der Vertrieb nicht spezialisierter Waren über die gemeinsame Vertriebsstelle wurde im Rahmen des § 5a GWB nur selten zugelassen.²⁷⁷⁾ Das erhöhte Entgegenkommen der Kartellbehörden deckt sich mit der Intention des Gesetzgebers, speziell über § 5b die Kooperation von mittelständischen Unternehmen zu fördern.

276) Tätigkeitsbericht der Landeskartellbehörde Bayern von 1975, S. 43

277) Einer der wenigen Fälle, in dem auch bei 5a-Kartellen der gemeinsame Vertrieb der nichtspezialisierten Produkte erlaubt wurde, findet sich in der Entscheidung "Druckluftwerkzeuge" (Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes von 1976, S. 49). Die Zulassung wurde damit begründet, daß auch der Vertrieb der nicht spezialisierten Waren zur Bildung eines geschlossenen Sortiments erforderlich gewesen sei und die Mehrkosten eines getrennten Vertriebs eingespарт würden.

V. Die Praxis der Genehmigung von Spezialisierungskartellen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV

1) Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV oder Befreiung vom Kartellverbot nach der Gruppenfreistellungsverordnung

Die Freistellung für Spezialisierungskartelle erfolgt in der EWG über Art. 85 Abs. 3 EWGV.²⁷⁸⁾ Die rechtssystematische Einordnung dieser Vorschrift war früher umstritten; teilweise wurde sie als Legalausnahme, teilweise als Erlaubnisvorbehalt angesehen.²⁷⁹⁾ Die Frage ist nicht ohne praktische Bedeutung, da bei einer Legalausnahme das Kartell kraft Gesetzes zulässig wäre. Nach neuerer Ansicht, die heute kaum noch bestritten wird, ist Art. 85 Abs. 3 als Erlaubnisvorbehalt zu beurteilen, sodaß sich die ganze Regelung des Art. 85 EWGV rechtssystematisch als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt darstellt. Wenn man von der Möglichkeit zur gruppenweisen Freistellung absieht, werden Kartelle in der EWG nur nach Erteilung einer Freistellungserklärung rechtswirksam.²⁸⁰⁾

278) Zur Auslegung des Art. 85 Abs. 3 EWGV allgemein: Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, (1974), S. 308 ff. mit weiteren Nachweisen; s. Fikentscher, Kooperation und gemeinschaftsunternehmen, in Europees Kartellrecht, (1967 - 1968), S. 190 ff.

279) s. zur ausführlichen Darstellung des Streitstandes Marino Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht, (1972) S. 233

280) s. Fn. 279; zu der Frage, ob das Kartellrecht als "Polizeirecht" aufzufassen sei, s. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, (1973) S. 64 f.; die Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV ist ein "privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt", s. dazu Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, (1953), S. 72 ff., wobei die Anmeldung eines Kartells als Antrag auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes anzusehen ist.

Die über Jahre hin streitige Frage, wie die "vorläufige Wirksamkeit" eines Kartells bei ordnungsgemäßer Anmeldung zu behandeln sei,²⁸¹⁾ wurde u.a. durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in Sachen Portelange/Smith Corona entschieden. Danach sind die nach der Verordnung Nr. 17 ordnungsgemäß angemeldeten Vereinbarungen im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EWGV so lange voll wirksam, bis die Kommission nach Art. 85 Abs. 3 und den Vorschriften der genannten Verordnung über den Kartellvertrag entschieden hat.²⁸²⁾

Eine Freistellung vom Kartellverbot ist nur für solche Vereinbarungen erforderlich, die unter Art. 85 Abs. 1 EWGV fallen, also geeignet sind, den Wettbewerb zwischen Mitgliedsstaaten zu beschränken. Die Freistellungserklärung kann aber nicht nur für Einzelverträge, -beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen abgegeben werden, sondern auch für Gruppen von solchen. Dies geschieht nach der Gruppenfreistellungsverordnung.

Einzelfreistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV kommen nicht nur für Spezialisierungskartelle, sondern für alle wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen in Betracht. Die Überprüfung der Freistellungsvoraussetzungen erfolgt nur im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit der Kooperation nicht aber auf die privatrechtliche Wirksamkeit der zur Genehmigung vorgelegten Verträge. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung muß diese Überprüfung den Zivilgerichten vorbehalten bleiben.²⁸³⁾

281) s. Fn. 278

282) EuGH-Slg. XV, S. 309 ff., S. 318

283) s. dazu Marino Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, (1972) S. 261 einerseits und Greiffenhagen, Kartellgenehmigung, (1966), S. 105 andererseits, der einen Freistellungsantrag als unzulässig ansieht, wenn die Kartellabrede offensichtlich nichtig ist.

Bei der Erteilung einer Freistellungserklärung ist der Kommission, wie sich aus dem Passus "..... können für nicht anwendbar erklärt werden" ergibt, ein Ermessen eingeräumt.²⁸⁴⁾

Für die Erteilung der Nichtanwendbarkeitserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV müssen zwei positive und zwei negative Voraussetzungen erfüllt sein, deren Formulierung sich stark an den Art. 65 § 2 MUV anlehnt, aber doch weiter ist als dieser und erst recht als die Fassung der §§ 5, 5a und 5b GWB. Die weite Fassung der Tatbestandsmerkmale läßt der Kommission einen besonders großen Spielraum bei der wertenden Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe.²⁸⁵⁾ Der Entscheidungsspielraum der Kommission geht erheblich weiter, als er den deutschen Kartellbehörden eingeräumt ist. Aber auch bei der Prüfung des Art. 85 Abs. 3 EWGV muß die Kommission vier gesetzliche Voraussetzungen prüfen und eine volkswirtschaftlich oder politisch noch so erwünschte Wettbewerbsbeschränkung kann vom Kartellverbot nicht freigestellt werden, wenn eines der vier Tatbestandsmerkmale nicht vorliegt.²⁸⁶⁾

Die durch die Spezialisierungskooperation erreichten Verbesserungen müssen sich auf die Kartellerzeugnisse beziehen.²⁸⁷⁾ Es genügt nicht, wenn sich das Kartell bei einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung positiv auswirkt. Allerdings braucht die Verbesserung nicht auf der gleichen Stufe der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen (z.B. Produktion oder Vertrieb) einzutreten. Es genügt, wenn sich eine Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 einstellt, auch wenn sie bei dem

284) s. Fn. 278

285) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (1960), Anm. 26 zu Art. 85 Abs. 3 EWGV

286) Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963), S. 1

287) s. Fn. 286, Rn. 23

einen Unternehmen im Vertrieb und beim anderen in der Produktion erfolgt. Die Verbesserung ist durch Vergleiche mit dem Zustand zu ermitteln, der ohne Abschluß der Vereinbarung bestünde. Dabei gilt als Verbesserung z.B. eine Steigerung der Qualität, ein besserer Vertrieb. Die Bewertung, ob eine Verbesserung vorliegt oder nicht, hängt entscheidend von der jeweiligen Situation der betreffenden Wirtschaftsbereiche ab.²⁸⁸⁾

Die Entscheidungspraxis der Kommission zu den Tatbestandsmerkmalen des Art. 85 Abs. 3 EWGV wird im folgenden im einzelnen dargestellt. Zunächst werden die Entscheidungen erörtert, die vor Erlaß der Gruppenfreistellungsverordnung ergingen. Danach folgt die Darstellung der Gruppenfreistellungsverordnung. Schließlich werden die Freistellungen erwähnt, die in Einzelfällen über die Gruppenfreistellung hinaus gewährt wurden.

2) Die Entscheidungen der Kommission vor Erlaß der Gruppenfreistellungsverordnung

Die Kommission konnte die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungskartelle erlassen, weil sie aufgrund von 8 Einzelfallentscheidungen ausreichend Erfahrung über Spezialisierungskooperationen gesammelt hatte.

Es handelt sich um die Entscheidungen:

Machines Outils, ABLEG 1968 L 201, S. 1

ACEC - Berliet, ABLEG 1968 L 201, S. 7

Clima Chappée - Buderus, ABLEG 1969 L 195, S. 1

Jaz - Peter, ABLEG 1969 L 195, S. 5

288) Sölter, Ausnahmevorschrift, (WuW 1961) S. 680; s. dazu im einzelnen unten S. 148ff.

FN - CF, ABLEG 1971 L 134, S. 6
 Sopelem - Langen, ABLEG 1972 L 13, S. 47
 MAN - SAVIEM, ABLEG 1972 L 31, S. 29
 Feinpapier, ABLEG 1972 L 182, S. 24

Diese Entscheidungen werden zunächst im einzelnen dargestellt, wobei die Entscheidungspraxis der Kommission zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen aufgezeigt wird.

a) Die Tatbestandsmerkmale "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen Fortschritts"

Eine Freistellung für Spezialisierungskartelle ist nur möglich, wenn die Vereinbarung zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Der Wortlaut beider Tatbestandsmerkmale ist weit gefaßt. Unter dem Begriff der "Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" kann nahezu alles verstanden werden, was zu einem Fortschritt gegenüber dem Zustand ohne die Vereinbarung führt. In der Entscheidungspraxis der Kommission fließen beide Begriffe so ineinander über, daß eine scharfe Trennung nicht möglich und auch nicht nötig ist, da es für die Erteilung der Freistellungserklärung genügt, wenn das Vorliegen einer der beiden Voraussetzungen bejaht wird.

Der Kartellvertrag muß objektiv geeignet sein, diese Wirkung zu haben, ohne daß die Verbesserung oder Förderung Allein-zweck der Vereinbarung sein müßte; dies folgt aus dem Begriff "beitragen".²⁸⁹⁾ Andererseits genügt es aber nicht, wenn der "Beitrag" nur eine unerhebliche Nebenwirkung der Vereinbarung ist. Zur objektiven Eignung in diesem Sinne genügt nicht eine

289) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, (1960), Anm. 27 zu Art. 85 Abs. 3 EWGV

entfernte, theoretische Möglichkeit. Die Förderung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 muß vielmehr nach den allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen bei normaler Entwicklung eintreten können. Tritt die zu erwartende Wirkung nicht ein, so kann die Kommission die Erklärung nur nach Art. 8 Abs. 3a der VO 17 mit Wirkung für die Zukunft widerrufen.

Nachfolgend wird auf die Entscheidungspraxis der EWG-Kommission zu den Begriffen "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen Fortschritts" im einzelnen eingegangen.

a1) Der Fall Machines - Outils

Im Falle Machines-Outils²⁹⁰⁾ hat die Kommission eine interessante Entscheidung getroffen. Mehrere kleinere und mittlere Unternehmen hatten eine Vertriebsvereinbarung, verbunden mit einer Spezialisierungsabrede, geschlossen. Um den Absatz ihrer Erzeugnisse in Ländern außerhalb Frankreichs zu verbessern, gründeten sie eine Aktiengesellschaft, an der die beteiligten Unternehmen Aktionäre waren. Die Gesellschafter waren verpflichtet, ihre Erzeugnisse außerhalb Frankreichs ausschließlich über die Aktiengesellschaft zu verkaufen. Die Kommission hat hierin keine Wettbewerbsbeschränkung gesehen. Maßgeblich hierfür war, daß die Maschinen der Gesellschafter nicht in Wettbewerb zueinander standen, sodaß die Einschaltung der Vertriebsgesellschaft die Interessen der Verbraucher nicht berührte, da es für sie gleichgültig war, ob sie mit dem Her-

290) ABLEG 12.8.1968 L 201, S. 1

steller oder der Vertriebsgesellschaft verhandelten.²⁹¹⁾ Die Verpflichtung der Vertragspartner, keine Erzeugnisse herzustellen oder zu verkaufen, die den von einem anderen Aktionär produzierten Waren Konkurrenz machen könnten, stellte keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EWGV dar. Die Aktionäre waren insoweit keine potentiellen Wettbewerber, auch wenn sie zumindest teilweise über das technische Wissen und die Produktions- und Finanzierungsmittel verfügten, um die Konkurrenzprodukte herstellen zu können. Denn die Aktionäre seien gezwungen, die Verschiedenartigkeit der Fabrikation aufrechtzuerhalten, um das gegenseitige Vertrauen auf dem die Kooperation beruhe, nicht zu gefährden. Zudem erforderte die Marktlage eine Spezialisierung und nicht eine Diversifizierung des Produktionsprogramms. Die Kommission hat berücksichtigt, daß die Kooperationsteilnehmer nur über einen geringen Marktanteil verfügten und ein intensiver Wettbewerb am Markt bestand. Die Kommission hat daher den Unternehmen ein Negativattest erteilt. Die Entscheidung zeigt, welche Bandbreite an Möglichkeiten Art. 85 EWGV zuläßt.

a2) Der Fall ACEC - Berliet

Eine Spezialisierungskooperation zur Entwicklung neuer Produkte bildet der Fall ACEC - Berliet.²⁹²⁾ Die Vertragsparteien vereinbarten die gemeinsame Entwicklung und den Vertrieb eines

291) Die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Alleinvertriebsvereinbarungen ohne Spezialisierung ist innerhalb der EWG häufig anzutreffen. Beispielhaft sei hier auf den Fall Hummel-Isbecque, ABLEG 23.9.1965 2581, S. 65 verwiesen, wo einem Kartellpartner der Alleinvertrieb der Vertragserzeugnisse des anderen übertragen wurde, während sich der liefernde Unternehmer verpflichtete, nicht an andere Personen oder Unternehmen im Vertragsgebiet zu verkaufen.

292) s. Fn. 100

elektrisch angetriebenen Omnibusses. Nach der Spezialisierungsabrede hatte Berliet den Prototyp eines Omnibusses für den von ACEC geschaffenen elektrischen Antrieb zu entwickeln. Soweit die Entwicklungsarbeiten zur Serienfertigung führten, verpflichtete sich ACEC den elektrischen Antrieb in Frankreich an Berliet und in den anderen EWG-Staaten jeweils nur an einen einzigen Hersteller zu liefern. Berliet verpflichtete sich, die elektrischen Antriebe nur von ACEC zu beziehen. In diesen Vereinbarungen hat die Kommission eine Beschränkung des Wettbewerbs nach Art. 85 Abs. 1 EWGV gesehen.

Interessant ist, daß die Kommission eine Meistbegünstigungsklausel im Gegensatz zur Praxis der deutschen Kartellbehörden als nicht wettbewerbsbeschränkend beurteilte.

In der Zusammenarbeit der Unternehmen in Forschung und Fertigung sah die Kommission eine Verbesserung der Erzeugung und eine Förderung des technischen Fortschritts.

a3) Der Fall Clima Chappée/Buderus

Im Fall Clima Cnappée/Buderus²⁹³⁾ haben die Vertragspartner folgende wettbewerbsbeschränkende Spezialisierungskooperation getroffen:

Jeder Vertragspartner verpflichtete sich, für unbestimmte Zeit auf jegliche Investitions- und Produktionstätigkeit bezüglich derjenigen Waren zu verzichten, auf deren Herstellung sich die andere Vertragspartei spezialisiert hatte. Vertragserzeugnisse durften im Lande des Partners ausschließlich an diesen verkauft werden, wobei dieser Partner verpflichtet war, die Produkte auf seinem Markt zu vertreiben, sofern sie auf diesem Markt wettbewerbsfähig waren. Die Vertragsschließenden

293) s. Fn. 106

räumten sich gegenseitig ein Vorzugsrecht beim Kauf und Verkauf der Waren ein, die nicht Gegenstand der Spezialisierungsvereinbarung waren, wobei die Verpflichtung bestand, Zukaufteile zu diesen Produkten beim Vertragspartner zu erwerben, soweit Preis- und Qualitätsgleichheit zu den von anderen Herstellern angebotenen Geräten und Zukaufteilen bestand. Da beide Vertragsparteien über die erforderlichen finanziellen und technischen Mittel verfügten, waren sie zumindest als potentielle Wettbewerber anzusehen.

Nach Auffassung der Kommission diente die Vereinbarung der Verbesserung der Erzeugung und der Verteilung der Vertragswaren. Durch die Spezialisierung in der Produktion würden doppelte Untersuchungs-, Forschungs- und Investitionsaufwendungen vermieden; zugleich erlaube sie den Übergang zur Serienfertigung und zur Herstellung größerer Fertigungsseries, wodurch die Produktionskapazitäten besser ausgelastet und die Herstellungskosten gesenkt würden. Die gegenseitige Alleinvertriebsvereinbarung erleichtere die Aufstellung von Fabrikationsprogrammen und ermögliche eine bessere Befriedigung der Nachfrage.

a4) Der Fall Jaz/Peter

Eine Spezialisierung auf die bereits schwerpunktmäßig betriebene Produktion findet sich auch im Fall Jaz/Peter.²⁹⁴⁾ Die Spezialisierungsvereinbarung wurde durch gegenseitige Liefer- und Bezugspflichten für Vertragswaren ergänzt. Darüberhinaus wurde jedem Partner ein Vorrecht für den Vertrieb etwaiger Neuheiten eingeräumt, auch wenn diese nicht in den Spezialisierungsbereich fielen.

294) s. Fn. 97

Die Kommission hat für die ganze Kooperationsvereinbarung eine Verbesserung der Warenverteilung und des technischen Fortschritts angenommen. Durch die Vereinbarung sind zwar in den Fällen Kundenalternativen vermindert worden, wo die Partner bisher als Konkurrenz auftraten und wo somit als Folge der Spezialisierung gewisse Produkte, statt wie bisher in zwei Varianten, fortan nur noch in einer Ausführung auf dem Markt angeboten werden. Die Kommission ist jedoch insoweit zu dem Ergebnis gelangt, daß im Verhältnis zum Rationalisierungseffekt dieser Nachteil nicht ins Gewicht fallen könne.

a5) Der Fall FN - CF

Im Falle FN - CF²⁹⁵⁾ wurde von den beteiligten Unternehmen eine umfangreiche Spezialisierungskooperation vereinbart. Auf technischem Gebiet wurden im einzelnen folgende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen getroffen:

Die Partner verpflichteten sich, während der Laufzeit des Vertrages keine Produkte herzustellen, auf die sich der Vertragspartner spezialisiert hatte oder zu spezialisieren beabsichtigte; zudem wurde verabredet, die spezialisierten Erzeugnisse für den Vertrieb in den dem anderen Partner zugeteilten Gebieten, ausschließlich an diesen zu liefern; nach dem Kooperationsvertrag durften die Vertragspartner ohne Zustimmung des anderen Partners in den ihm zugeteilten Gebieten von Dritten keine Erzeugnisse für den Weiterverkauf beziehen, die er sich beim Vertragspartner beschaffen konnte.

Die Kommission hat in der Spezialisierung eine Verbesserung in der Erzeugung der Produkte gesehen. Durch die schwerpunktmäßige Spezialisierung komme es zu einer Ausweitung der Produktion, wodurch die Stückkosten der Vertragswaren gesenkt

295) s. Fn. 98

würden. Dadurch werde auch eine raschere Amortisierung der Produktionsanlagen erreicht. Die Verpflichtung zur gegenseitigen Belieferung führte nach Auffassung der Kommission zu einer Verbesserung der Warenverteilung, da infolge dieser Abrede jeder Vertragspartner in die Lage versetzt werde, ein komplettes Sortiment anzubieten und damit jede Nachfrage zu befriedigen. Zudem trage die Vereinbarung zu einer besseren Verteilung der Erzeugnisse und zur Verminderung der Vertriebskosten bei.

Die Vereinbarung, neue Patronen gemeinsam zu entwickeln, diene nach Auffassung der Kommission der Förderung des technischen Fortschritts, da durch die gemeinsame und besser zusammengesetzte Arbeitsgruppe recht bedeutende technische Entwicklungen zu erwarten seien.

a6) Der Fall Sopelem - Langen

Im Falle Sopelem-Langen²⁹⁶⁾ vereinbarten die Vertragspartner eine Spezialisierung auf Produkte, die sie schon bisher schwerpunktmäßig hergestellt hatten. Die Parteien ergänzten auf diese Weise ihre gegenseitige Produktion. Da beide Kartellpartner aufgrund ihrer Erfahrung in der Lage waren, auch die Waren des Vertragspartners zu produzieren, hat die Kommission potentiellen Wettbewerb bejaht. Die wesentlichsten Vertragsbestimmungen wurden bereits bei der Beschreibung der Kooperationsformen in der EWG genannt.²⁹⁷⁾ Darüberhinaus enthielt die Vereinbarung folgende Klauseln:

Jeder Partner lieferte seine im Vertrag aufgezählten Erzeugnisse für den Verkauf im Land des anderen Partners ausschließlich an diesen. Als Gegenleistung bezog der letztere derartige Erzeugnisse ausschließlich vom ersteren. Jeder Part-

296) s. Fn. 103

297) s.o. S. 78 ff.

ner verzichtete darauf, während der Laufzeit des Vertrages neue Elemente aus dem Bereich, dessen Erzeugung dem anderen vorbehalten war, zu entwickeln und herzustellen.

Die Kommission war der Auffassung, daß die Kooperation zu einer Verbesserung der Warenverteilung führt, weil die Kartellpartner durch die Vereinbarung in die Lage versetzt würden, ihren Absatz zu steigern und ihr Verkaufsprogramm zu erweitern. Die schwerpunktmäßige Spezialisierung trage zu einer Konzentration der Erzeugungstätigkeit und damit zu einer Förderung des technischen Fortschritts bei.

a7) Der Fall MAN - SAVIEM

Eine der bedeutsamsten Spezialisierungskooperationen, die von der Kommission nach Art. 85 Abs. 3 freigestellt wurden, stellt der Fall MAN/SAVIEM²⁹⁸⁾ dar. Bei der Beschreibung der Kooperationsformen in der EWG wurde bereits kurz auf diese Entscheidung eingegangen.²⁹⁹⁾ Die Parteien vereinbarten im Kartellvertrag eine gemeinsame Typenreihe von Lastkraftwagen herzustellen und auf dem Weltmarkt anzubieten. Zugleich verabredeten sie, auf den Gebieten Forschung und Entwicklung, Konstruktion, Fertigung und Montage, Vertrieb und Kundendienst hinsichtlich dieser gemeinsamen Typenreihe zusammenzuarbeiten. Die Vertragsparteien teilten außerdem die Produktion und die Entwicklung untereinander auf.

Im Bereich der Entwicklung der neuen Lastwagen hatten die Vertragspartner folgende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung getroffen:

298) s. Fn. 101

299) s. dazu oben S. 77

Die Kartellpartner hatten sich dazu verpflichtet, keine Fahrzeuge der Typenreihe des anderen Partners ohne dessen Mitwirkung zu entwickeln; ohne Zustimmung des anderen Partners durften auch keine abgeleiteten Fahrzeuge entwickelt werden, in denen Motoren oder Fahrgestelle verwendet werden sollten, die in ihrer Auslegung in die Tonnageklasse des anderen Partners hineinreichten; den Vertragspartnern war es verboten, Organe oder Bauteile zu entwerfen, für deren Entwicklung und Herstellung der andere Vertragspartner verantwortlich war oder Prototypen von Lastkraftwagen herzustellen, die unter die Typenreihe des anderen Partners fielen.

Auf dem Produktionssektor wurden folgende wettbewerbsbeschränkende Abreden getroffen:

Die Vertragspartner durften keine Organe und Baugruppen herstellen, deren Fertigung dem anderen Partner überlassen war oder die ihm künftig zugesprochen würden. Bei den Fahrzeugen der gemeinsamen Typenreihe war es den Parteien untersagt, Organe oder Baugruppen anderer Art zu verwenden, als diejenigen, die von ihnen gemeinsam oder kraft Spezialisierungsabrede von einem Partner entwickelt wurden.

Den Absatz betrafen folgende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen:

MAN durfte Lastkraftwagen der gesamten Typenreihe in Frankreich und solche der mittleren Typenreihe im Regelfalle in anderen Ländern als in Deutschland nicht vertreiben. SAVIEM war es untersagt, Lastkraftwagen der mittleren Typenreihe in Deutschland und solche der schweren im Regelfall in anderen Ländern als in Frankreich abzusetzen.

Im übrigen konnten folgende Vereinbarungen nach Auffassung der Kommission wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten:

Da kein Partner die Fertigung von Organen und Baugruppen, für die er zuständig war, an Unterlieferanten weitergeben durfte, sofern der andere Partner gleiche Preis-, Qualitäts- und Lieferfristbedingungen wie die Unterlieferanten zu erfüllen in der Lage und bereit war, wurden die Liefermöglichkeiten von dritten Unternehmen innerhalb des gemeinsamen Markts beschränkt. Der Kartellvertrag enthielt zudem eine Verkaufsbeschränkung.

Nach der Vereinbarung durfte jeder Partner Organe und Baugruppen seiner eigenen Fertigung aus der gemeinsamen Typenreihe an Dritte nur verkaufen, wenn der andere Partner zustimmte. Die Zustimmung durfte allerdings nur versagt werden, wenn wichtige Gründe vorlagen. Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 war nach Auffassung der Kommission auch in dem jedem Vertragspartner auferlegtem Verbot zu sehen, Baugruppen und Teile hiervon, die er von anderen Vertragspartnern bezog, ohne Zustimmung des anderen Partners an Dritte außer zur Dekkung des Ersatzteilbedarfs weiterzuverkaufen; gleiches galt für die Vereinbarung, wonach über technische und kaufmännische Zusammenarbeitsverträge gleichen oder ähnlichen Inhalts mit anderen Kraftfahrzeugherstellern nur verhandelt oder Vertragsabschlüsse getroffen werden durften, wenn der andere Partner zustimmte.

Die Kommission hat dagegen in folgenden Klauseln keine spürbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung gesehen:

- die Verpflichtung, auf bestimmten, von Fall zu Fall festzulegenden Aufgabengebieten gemeinschaftlich zu forschen;
- die Vereinbarung, alle Informationen bezüglich des Zusammenarbeitsabkommens ebenso geheim zu halten, wie seine vergleichbaren eigenen;

die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Know-how-Positionen und Kostenkalkulationen des Vertragspartners.

Damit sind die in dem Vertragswerk enthaltenen Vereinbarungen im wesentlichen erwähnt. Im Rahmen der Kartelle nach §§ 5a, 5b GWB findet sich keine, die auch nur annähernd eine derartige Komplexität oder wirtschaftliche Bedeutung erreichte.

Bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Kartells ist die Kommission detailliert auf die Frage eingegangen, ob und inwieweit das Kartell zu einer Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 führte. In der Spezialisierung bei der Entwicklung des neuen Lastwagens sah die Kommission eine Förderung des technischen Fortschritts und eine Verbesserung der Warenerzeugung, da hierdurch ein breiteres Sortiment an Lastkraftwagen angeboten und die Lagerhaltung für Ersatzteile vereinfacht werden konnte. Die Kommission erkannte als positiv an, daß die Spezialisierung zu keiner Strukturveränderung der beteiligten Unternehmen führe, da beide Unternehmen sich auf die Bereiche spezialisierten, in denen sie schon bisher schwerpunktmäßig tätig waren. Dadurch wurden hohe Investitionskosten vermieden, die möglicherweise die Vorteile der Spezialisierung aufgehoben hätten. Die Spezialisierung in der Fertigung führte zur Produktion größerer Serien und damit zu einer Verbesserung der Warenverteilung. Die Kommission stellte allerdings inzidenter fest, daß eine Ausweitung der Produktion nicht generell zu einer Verbesserung der Warenverteilung führen müsse; was z.B. dann anzunehmen sei, wenn die "kostenoptimale Stückzahl" überschritten werde. In diesem Zusammenhang berücksichtigte die Kommission auch, daß es keinem Vertragspartner möglich gewesen wäre, aus eigener Kraft gleich günstige Stückzahlen zu erreichen und daß die Spezialisierung nur für die Lastkraftwagenteile durchgeführt wurde, deren Herstellung erhebliche Investi-

tionen erforderte. Die Vorteile der Spezialisierung überstiegen nach Auffassung der Kommission die sich aus der Wettbewerbsbeschränkung ergebenden Nachteile.

Die Vereinbarung, wonach sich die Vertragspartner des jeweiligen Kundendienstnetzes des anderen Partners bedienten, führte nach Auffassung der Kommission zu einer Verbesserung der Warenverteilung. Die Erschließung neuer Märkte habe im Lastkraftwagensektor der Tatsache Rechnung zu tragen, daß ohne ein hinreichend ausgebautes Kundendienstnetz die Absatzchancen sehr vermindert seien. Durch die Verwendung des jeweiligen Kundendienstnetzes würden Einsparungen erzielt, weil dadurch der Aufbau einer eigenen Vertriebsorganisation vermieden werde. Auch insoweit stellte die Kommission ausdrücklich fest, daß durch die Kooperation die Gesamtkostenlage der Partner aufgrund der Zusammenarbeit gegenüber jener Situation wesentlich verbessert wurde, wie sie ohne Abschluß des Abkommens bei beiden Partnern bestehen würde.

a8) Der Fall Feinpapier

Im Falle Feinpapier³⁰⁰⁾ verpflichteten sich die Vertragspartner ihre Produktion auf bestimmte Feinpapiersorten und -qualitäten zu beschränken. Nach Auffassung der Kommission ermöglichte diese Wettbewerbsbeschränkung durch Spezialisierung eine Produktion größerer Serien und Produktionseinheiten als früher; zudem wurde durch die Vereinbarung die Durchführung bedeutender und notwendiger Investitionen ermöglicht. Infolgedessen hat die Kommission eine Verbesserung der Warenerzeugung und des technischen Fortschritts in diesem Bereich bejaht.

300) s. Fn. 96

a9) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis der Kommission zu den Tatbestandsmerkmalen "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" und Vergleich mit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden

Die untersuchten Spezialisierungskartelle mit Zusatzvereinbarungen befassen sich im wesentlichen mit drei Bereichen: Spezialisierung in der Produktion, Kooperation in der Forschung, in der Entwicklung und im Vertrieb.

Von den Spezialisierungsabreden in der Produktion ist bei keiner einzigen das Tatbestandsmerkmal der Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV verneint worden. Zur Begründung hat die Kommission im wesentlichen folgende Argumente vorgetragen:

Die Spezialisierung führe zu einer Erhöhung der Produktion. Die Herstellung größerer Serien oder Produktionseinheiten führe zu einer Erhöhung der Produktivität, da die Stückkosten der Vertragswaren vermindert würden. Eine Produktionsausweitung habe nur dann keine verbessernde Wirkung, wenn die "kostenoptimale Stückzahl" überschritten werde. Ein praktisches Beispiel für diese Konstellation findet sich aber weder in den Entscheidungen der deutschen noch der europäischen Kartellbehörden. Bei sämtlichen untersuchten Spezialisierungskartellen hat die Kommission eine Rationalisierungswirkung bejaht. Teilweise hat die Kommission eine Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 damit begründet, daß das Kartell zur Produktion einer breiteren Palette von Waren, zu einer gleichmäßigeren Qualität der Vertragswaren oder zu einer rascheren Amortisation der Produktionsanlagen führe. Die Kommission hat damit bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" im wesentlichen die gleichen Argumente vorgetragen wie die deutschen Kartellbehörden bei der Untersuchung des Begriffs "Rationalisierung" im Rahmen

der §§ 5a, 5b GWB.

Trotz unterschiedlicher Tatbestände kommen die europäischen und deutschen Kartellbehörden zu dem Ergebnis, daß eine Spezialisierungskooperation grundsätzlich rationalisierende Wirkung habe.

Eine Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV bei Spezialisierungen in Forschung und Entwicklung wurde von der Kommission damit begründet, daß die Arbeitsteilung zur Vermeidung doppelter Untersuchungs- und Forschungsaufwendungen beitrage und damit zu einer Kostensenkung führe. Die Entscheidungspraxis der Kommission gleicht auch hier trotz unterschiedlicher Tatbestandsvoraussetzungen der Praxis der deutschen Kartellbehörden. Die besondere volkswirtschaftliche Bedeutung von Kooperationen in Forschung und Entwicklung wird in der EWG und in der BRD betont.

Die Vertriebsvereinbarungen, die in einheitlichen Kartellverträgen zusammen mit Spezialisierungskooperationen geschlossen werden, spielen innerhalb der EWG eine größere Rolle als im Bereich des deutschen Kartellrechts. Eine große Zahl von Spezialisierungskartellen ist mit Vertriebsvereinbarungen verbunden.

Der gesetzliche Ansatzpunkt der deutschen und europäischen Kartellbehörden ist bei der Prüfung der Vertriebsvereinbarungen teilweise verschieden. Bei Kartellen nach § 5a GWB ist die Vertriebsvereinbarung eine Zusatzabrede, die zur Durchführung der Spezialisierung "erforderlich" sein muß (§ 5a Abs. 1 Satz 2 GWB). Bei Spezialisierungskooperationen nach § 5b GWB dagegen ist die Vertriebsvereinbarung unabhängig von der Spezialisierungsabrede zu prüfen; erforderlich ist danach nur, daß die Vertriebskooperation die Leistungsfähigkeit kleiner und

mittlerer Unternehmen fördert und den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt. Eine von der Spezialisierung unabhängige Prüfung der Vertriebsabrede hat auch im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWGV zu erfolgen.

Nach der Entscheidungspraxis der Kommission führen Vertriebsvereinbarungen in der oben beschriebenen Art regelmäßig zu einer "Verbesserung der Warenverteilung". Die Kommission hat dies damit begründet, daß durch derartige Vertriebskooperationen der Absatz gesteigert, das Warenangebot bereichert oder die Absatzstruktur verbessert werde. Die Vertragspartner seien in der Lage, ein komplettes Sortiment anbieten zu können, ohne ein selbständiges Vertriebsnetz aufbauen zu müssen; hierdurch würden die Vertriebskosten gesenkt. Die Vereinbarung eines gegenseitigen Alleinvertriebs der Vertragswaren bewirkt nach Auffassung der Kommission grundsätzlich eine Verbesserung der Warenverteilung, weil die Vertragswaren regelmässiger und leichter angeboten und die Schwierigkeiten, die sich aus Entfernung, Sprache und rechtlichen und sonstigen Unterschieden zwischen Herstellungsland und Absatzgebiet ergeben, leichter überwunden werden können. Für den Hersteller führt dies zu einer weniger komplexen Absatztätigkeit und damit zu einer besseren Verteilung, weil er seine Verkaufstätigkeit konzentrieren kann. Es kann ferner zu einer Verbesserung der Warenverteilung beitragen, wenn der Alleinvertriebshändler für einen Vorführ- und Kundendienst sorgt, ein Ersatzteillager oder ein Lager für die wichtigsten Modelle einrichtet und die Vertragserzeugnisse den Besonderheiten ihrer Verwendung im Vertragsgebiet anpaßt. Obwohl die Vertriebsvereinbarung nach der Entscheidungspraxis der Kommission grundsätzlich zu einer Verbesserung der Warenverteilung führt, ist damit noch nicht über die Zulässigkeit des Kartells entschieden. Das maßgebliche Prüfungskriterium im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWGV ist das Tatbestandsmerkmal "unerlässlich". Da sich erst bei dieser Prüfung die Zulässigkeit der Vertriebskooperation entscheidet,

soll auch erst an dieser Stelle ein Vergleich mit der deutschen Praxis zu Vertriebskooperationen, die im Zusammenhang mit Spezialisierungen geschlossen wurden, erfolgen.

Insgesamt ist die Kommission in den 8 Entscheidungen zu folgenden wesentlichen Ergebnissen gelangt.

Als nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkung wurde die Vereinbarung gemeinschaftlicher Forschung und die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Informationen angesehen. Das Bestehen eines potentiellen Wettbewerbs wurde verneint, wenn die Aufnahme der Produktion von Waren des Vertragspartners aufgrund tatsächlicher Umstände des Einzelfalls nicht in Betracht kam.

Folgende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen wurden zugelassen:

Ausschließlicher Vertrieb der Vertragswaren über eine gemeinsame Vertriebsstelle oder das Vertriebsnetz des anderen Vertragspartners; ausschließliche Bezugs- und Lieferverpflichtungen bei Kollegenlieferungen; Entwicklungs- und Produktionsverbote; Verbote, mit Dritten Spezialisierungsverträge abzuschliessen; Vertriebs- und Vorzugsrechte für Neuheiten, auch, wenn sie keine Vertragswaren betrafen.

b) Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn

b1) Die Entscheidungspraxis der Kommission zur Verbraucherbeteiligung

Nach dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 müssen die Verbraucher an dem durch die Unternehmenskooperation entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden.

Verbraucher im Sinne dieser Vorschrift sind alle, die die betreffenden Erzeugnisse, sei es gewerblich, sei es als Letztverbraucher gebrauchen oder verbrauchen.³⁰¹⁾ Es reicht damit einerseits aus, wenn der Gewinn dem Letztverbraucher mittelbar zugute kommt, andererseits sind aber niemals die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen Verbraucher.

Unter dem Gewinn im Sinne der Vorschrift ist nicht der buchmäßige Gewinn gemeint, vielmehr sind hierunter alle wirtschaftlichen Vorteile zu verstehen, die den Verbrauchern durch die Spezialisierungskooperation zugute kommen: z.B. Qualitätsverbesserungen, besserer Kundendienst, kürzere Lieferfristen, größere Auswahl, bessere und bequemere Bezugsmöglichkeiten, etc.³⁰²⁾

Die Vereinbarung muß objektiv geeignet sein, den Gewinn herbeizuführen, wobei zwischen der Kartellvereinbarung und dem entstehenden Gewinn ein Kausalzusammenhang bestehen muß. Die Beteiligten müssen dartun, daß ein zusätzlicher Erfolg auch für den Verbraucher erreicht wird, der ohne sie nicht eintreten würde. Die Vereinbarung braucht zwar nicht unmittelbar zu einem Gewinn für die Verbraucher führen; es ist jedoch ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Rationalisierung, Gewinn und Verbraucherbeteiligung zu fordern, weil sonst jede fernliegende mittelbare Wirkung zur Rechtfertigung des Kartells herangezogen werden könnte. Zu dem Gewinn gehören nach

301) s. dazu Sölter, Ausnahmenvorschrift (WuW 1961) S. 665, S. 681; Kirschstein, Die ersten kartellrechtlichen Entscheidungen der EWG-Kommission, (WRP 1965) S. 77, S. 83, der in der Lehre entwickelte "Verbraucherbegriff" deckt sich mit der Entscheidungspraxis der Kommission.

302) Günther, Regelung des Wettbewerbs (WuW 1967) S. 281; Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe, WuW (1963), Rn. 31, Auch insoweit zeigt sich zwischen Lehre und Entscheidungspraxis der Kommission eine einheitliche Auslegung.

Ansicht der EWG-Kommission im Bereich des Vertriebs nicht nur die unmittelbare Verbesserung der Warenverteilung, die, wenn sie zu einer Erweiterung der Wahlmöglichkeiten oder Erleichterung der Einkaufsmöglichkeiten führt, auch dem Verbraucher zugute kommt, sondern alle übrigen Vorteile, die sich aus der Rationalisierung ergeben. Auch an ihnen müssen die Verbraucher insbesondere über Preise und Lieferbedingungen beteiligt werden (Grundig-Consten). Bei Verbrauchern von Waren, die im Ausland hergestellt sind, sieht die EWG-Kommission eine Beteiligung an der Verbesserung der Warenverteilung durch Alleinvertreter darin, daß die Verbraucher die Waren rascher und bequemer beziehen können, daß ihnen verschiedene Dienstleistungen angeboten werden, daß die Waren den besonderen Ansprüchen der Verbraucher im Einfuhrland angepaßt werden und daß die Verkaufspreise nach Abzug der Zoll- und Steuerbelastung sowie der Transportkosten unter denen des Herkunftslandes liegen, weil die durch verbesserte Verteilung ausgelöste größere Nachfrage zu einer Senkung der Gestehungskosten und zu einer teilweisen Weitergabe dieser Vorteile an die Verbraucher führt.

Die Kartellpartner haben darzutun, welche der ihnen durch die Zusammenarbeit entstehenden Vorteile an die Verbraucher weitergegeben werden. Wenn die Kommission allgemein von der Beteiligung der Verbraucher überzeugt ist, prüft sie, ob die Beteiligung "angemessen" ist. Dies erfolgt dadurch, daß die Vorteile für die Verbraucher mit denen für die beteiligten Unternehmen einerseits und mit den für die Verbraucher durch die Beschränkung des Wettbewerbs etwa entstehenden Nachteilen andererseits, gegeneinander abgewogen werden.³⁰³⁾ Die Angemessen-

³⁰³⁾ s. dazu u.a. Baldi; Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht (1972), S. 301, Das Bundeskartellamt pflegt bei der Beurteilung des Merkmals "verbesserte Befriedigung des Bedarfs" in § 5 GWB ebenso vorzugehen.

heit der Verbraucherbeteiligung ist nach der Entscheidungspraxis der Kommission eine Frage der wertenden Einzelfallbeurteilung. Sie braucht nicht beabsichtigt zu sein; es genügt, wenn die Vereinbarung objektiv geeignet ist, Gewinne zu erbringen und sie den Verbrauchern zufließen zu lassen.³⁰⁴⁾ Die Beurteilung der Verbraucherbeteiligung darf allerdings nicht so weit gehen, daß sie zu einer volkswirtschaftlichen Gesamtbeurteilung des Kartells durch die Kommission führt.³⁰⁵⁾

Strenge Anforderungen an den Nachweis der Weitergabe des Gewinns an den Letztverbraucher sind zu stellen, wenn auf der in erster Linie begünstigten Stufe kein Wettbewerb besteht. Denn es kann nicht im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV sein, Monopolen oder Oligopolen durch Vorteile beim Einkauf einen noch höheren Gewinn zu verschaffen. Ist dagegen auf der begünstigten Stufe Wettbewerb vorhanden, so kann auf den besonderen Nachweis einer Weitergabe des Gewinns verzichtet werden, da in diesem Falle davon auszugehen ist, daß der Wettbewerb die Weitergabe erzwingt. Die Kommission achtet daher bei der Prüfung des Kriteriums "Verbraucherbeteiligung" darauf, daß für die unter die Vereinbarung fallenden Waren wirksamer Wettbewerb besteht, der verhindert, daß unter dem Schutz der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, etwa bei Alleinvertretern, überhöhte Preise verlangt werden.

Bei Waren, die durch eine weitverbreitete Marke individualisiert sind, wird der Wettbewerb anderer Händler für unbeachtlich gehalten. Eine angemessene Verbraucherbeteiligung wurde in diesen Fällen nur bejaht, wenn die rechtliche Möglichkeit zu Parallelimporten bestand und dadurch die Weitergabe der erzielten Vorteile auch im Preis gesichert schien.

304) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, (1960), Anm. 28 zu Art. 85 EWGV

305) Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963) Rn. 36

Bei der Untersuchung der Entscheidungspraxis der Kommission haben sich im einzelnen folgende Argumente ergeben, mit denen eine Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn begründet wurde.

Im Fall MAN/SAVIEM³⁰⁶⁾ wurde die angemessene Verbraucherbeteiligung damit begründet, daß der bestehende erhebliche Wettbewerb die Vertragspartner zur Weitergabe der durch Rationalisierung erzielten Vorteile an die Verbraucher zwingt.

Im Falle FN/CF³⁰⁷⁾ wurde zur Begründung der angemessenen Verbraucherbeteiligung vorgetragen, daß infolge der Rationalisierung Kostensteigerungen aufgefangen würden und dadurch die Verkaufspreise stabil gehalten werden könnten. Da die wettbewerbsbeschränkende Kooperation zur Entwicklung neuer Techniken und Erzeugnisse führte, rechtfertigte die Herstellung neuer und verbesserter Erzeugnisse die Annahme einer angemessenen Verbraucherbeteiligung.

In der Entscheidung Jaz/Peter³⁰⁸⁾ hat die Kommission ausdrücklich festgestellt, daß eine angemessene Verbraucherbeteiligung auch dann anzunehmen sei, wenn der aus der Kooperation sich ergebende Gewinn nur teilweise an die Verbraucher weitergegeben wird.

Im Falle ACEC/Berliet³⁰⁹⁾ wurde bei einer Vereinbarung zur Neuentwicklung eines elektrisch angetriebenen Omnibusses die angemessene Verbraucherbeteiligung damit begründet, daß den

306) s. Fn. 101; s. dazu auch Sapelem/Langen, Fn. 103, wo zusätzlich noch eine Verbesserung der Qualität der Produkte, des Kundendienstes und der Bezugsbedingungen angenommen wurde.

307) s. Fn. 98, s. zum Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Verbraucherbeteiligung auch Clima Chappée/Buderus, Fn. 106

308) s. Fn. 97

309) s. Fn. 100

potentiellen Abnehmern ein neues Erzeugnis mit interessanten Eigenschaften zur Verfügung gestellt werde.

b2) Die Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden zur Verbraucherbeteiligung

Obwohl die §§ 5a und 5b GWB kein Tatbestandsmerkmal aufweisen, das ausdrücklich die Prüfung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher gebietet, wird die Verbraucherbeteiligung auch bei der Zulassung von Kartellen nach den §§ 5a, 5b GWB geprüft. Im Rahmen des § 5 GWB geschieht dies bei dem Merkmal "verbesserte Befriedigung des Bedarfs".³¹⁰⁾

Aber auch bei § 5a GWB hat das Bundeskartellamt die angemessene Verbraucherbeteiligung geprüft. Im Fall Schirme³¹¹⁾ war einer Spezialisierungsabrede widersprochen worden, weil die sich aus der Spezialisierung ergebenden Rationalisierungserfolge nicht an die Abnehmer der Kartellpartner weitergegeben werden konnten. Die Weitergabe der Vorteile scheiterte daran, daß der Vorlieferant der Vertragspartner über einen Bestand von Patenten, Gebrauchsmuster und Warenzeichen verfügte und durch Lizenzverträge mit den Schirmherstellern die Abgabepreise für Taschenschirme gebunden hatte.

310) Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird die in Art. 85 Abs. 3 EWGV geforderte "angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn" dem Sinne nach gleichgesetzt s. Sölter, Ausnahmevorschrift, (WuW 1961), S. 681; s.a. Deringer, Gemeinschaftskommentar, Rn. 158 zu § 5 GWB, der wörtlich dazu bemerkt, beide Formulierungen bezweckten, daß der Rationalisierungserfolg in gewissem Umfang auch den Marktpartnern weitergegeben werde; s.a. Koch, Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, (BB 1959), S. 241, S. 247; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, (1960) Anm. 29 zu Art. 85 EWGV;

311) s. Fn. 114

Damit zeigt sich, daß sowohl die deutschen als auch die europäischen Kartellbehörden die angemessene Beteiligung der Verbraucher an den Vorteilen der Spezialisierung prüfen, obwohl der Wortlaut der §§ 5a, 5b GWB eine derartige Untersuchung nicht ausdrücklich erfordert. Zugleich wird erneut offenkundig, daß unterschiedlich formulierte Rechtsgrundlagen die Gewinnung einer einheitlichen wirtschaftlich gebotenen Entscheidungspraxis nicht hindert.

c) Das Tatbestandsmerkmal der "Unerläßlichkeit"

c1) Die Entscheidungspraxis der Kommission zur "Unerläßlichkeit"

Durch die Kartellvereinbarung dürfen den Vertragspartnern keine Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind (Art. 85 Abs. 3a EWGV). Beschränkungen in diesem Sinne sind Einschränkungen des Wettbewerbs, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Das Tatbestandsmerkmal der Unerläßlichkeit wird von der Kommission anschaulich im Falle Feinpapier³¹²⁾ erklärt.

Danach sind Wettbewerbsbeschränkungen dann unerläßlich, wenn sie sich auf das "unerläßliche Minimum" beschränken. Enthält eine Vereinbarung mehrere Beschränkungen dieser Art, so ist zunächst jede für sich auf ihre Zulässigkeit zu prüfen, dann aber auch alle zusammen, da die Verbindung mehrerer Wettbewerbsbeschränkungen in ihrer Wirkung anders zu beurteilen sein kann, als jede für sich allein. Die Wettbewerbsbeschränkung muß zur Verwirklichung der oben genannten Ziele (Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung

312) s. o. S. 163

des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts) unerlässlich sein. Andere noch so positive Ziele sozialer oder wirtschaftspolitischer Art können daher im Rahmen dieser Bestimmungen nur berücksichtigt werden, wenn sie zugleich eine Verbesserung oder Förderung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV darstellen. Die Beschränkung muß sowohl nach Art, wie nach Ausmaß unerlässlich sein.³¹³⁾ Daher dürfen die Ziele auch nicht ohne die gewählte Form der Beschränkung zu erreichen sein; wobei die der Form nach notwendige Beschränkung auch in ihrem Ausmaß nicht über das hinausgehen darf, was für die Erreichung der Ziele notwendig ist. Bei der Beurteilung der Unerlässlichkeit stellt die Kommission grundsätzlich auf die Situation der beteiligten Unternehmen und nicht auf eine generelle Marktsituation ab. Die gleiche Form der Wettbewerbsbeschränkung kann daher unterschiedlich zu beurteilen sein, je nachdem von welchen Unternehmen und in welcher Marktsituation sie praktiziert wird. Für die Beurteilung der Unerlässlichkeit kommt es nicht auf die Auffassung der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen, sondern allein auf objektive Gesichtspunkte an. Tritt bei der Prüfung der Unerlässlichkeit der Fall ein, daß eine Vereinbarung im ganzen gesehen wirklich vorteilhaft ist und lediglich in einzelnen Punkten entbehrliche Vereinbarungen enthält, so kann die Kommission Empfehlungen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen an die Beteiligten richten (Art. 3 Abs. 3 VO Nr. 17) und eine Freistellung nur unter Vorbehalten (Bedingungen und Auflagen) gewähren (Art. 8 VO Nr. 17). Die Kommission hat von dieser Möglichkeit, wie später zu zeigen sein wird, reichlich Gebrauch gemacht.

Nachfolgend wird die Entscheidungspraxis der Kommission zur Frage der Unerlässlichkeit im einzelnen dargestellt.

313) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, (1960), Anm. 30 zu Art. 85 EWGV

Im Fall FN/CF³¹⁴⁾ wurde die Vereinbarung einer ausschließlichen Liefer- und Bezugspflicht als unerlässlich für die Durchführung der Spezialisierung angesehen. Ohne sie könnten die sich aus der Spezialisierung ergebenden Vorteile nicht realisiert werden.³¹⁵⁾

Im Fall Jaz/Peter³¹⁶⁾ räumten sich die Vertragsparteien neben den üblichen Bezugs- und Lieferpflichten das Vorrecht für den Vertrieb der von den Partnern entwickelten Neuheiten ein. Die Kommission hat diese Vereinbarung als unerlässlich für die Verbesserung der Erzeugung und die Förderung des technischen Fortschritts, zu der die Vereinbarung im übrigen beitrug, angesehen. Die Verstärkung der Zusammenarbeit zwischen den Partnern insbesondere auf dem Gebiet der gemeinsamen Forschung und des Informationsaustausches wäre in Frage gestellt, wenn die Partner nicht sichergestellt hätten, daß die Vertragspartner auch an dem Gewinn beteiligt würden, der sich aus der Entwicklung und dem Vertrieb von Neuheiten ergibt.

Im Falle ACEC/Berliet³¹⁷⁾ vereinbarten die Parteien die Neuentwicklung eines elektrisch angetriebenen Omnibusses. Die Kommission hat die im Rahmen dieser Vereinbarung verabredeten ausschließlichen Liefer- und Bezugsvereinbarungen als unerlässlich im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV angesehen. Würde man den Vertragspartnern eine solche Möglichkeit zur Amortisation ihrer Investitionen versagen, wäre zu befürchten, daß sie sich nicht mit den erheblichen Kosten der Entwicklung eines neuen

314) s. Fn. 98

315) s. dazu auch den Fall *Clima Chappée/Buderus*, Fn. 106, wo bei einer ähnlichen Vertragsgestaltung ebenfalls eine Freistellungserklärung erfolgte.

316) s. Fn. 97

317) s. Fn. 100

Erzeugnisses belasten würden, sodaß dieses Erzeugnis möglicherweise nicht entstehen würde. Die Kommission hat auch die Verpflichtung des Unternehmens ACEC, ihre Erzeugnisse in den Mitgliedsländern der EWG jeweils nur an einen einzigen Hersteller je Land zu liefern, als unerläßlich angesehen, da nur durch diese Beschränkung die Fertigung großer Serien erreichbar wäre. Nur so sei eine rentable Produktion zu erzielen, da zumindest in der Anfangsphase die Nachfrage noch gering sein würde. Die ursprüngliche Abrede, wonach ACEC ihren Antrieb im gemeinsamen Markt außer an belgische Abnehmer und Berliet nur an einen Hersteller in Deutschland und einen in Italien liefern sollte, war von der Kommission als zu weitgehend angesehen worden. Die Parteien hatten daher diesen Abschnitt der Vereinbarung geändert.

Im Falle Feinpapier³¹⁸⁾ wurde folgende Vereinbarung nicht für unerläßlich angesehen:

Die Vertragspartner hatten beschlossen, eine private Feinpapierstelle zu gründen, um möglichst weitgehend beim Verkauf und bei der Produktion von Feinpapier zusammenarbeiten zu können. Die ausführlichen Anweisungen für die Tätigkeit dieser Stelle erlaubten eine genaue Aufteilung der Produktion auf die Mitglieder nach festen Quoten und bei Nichteinhaltung dieser Quoten einen Ausgleich, der sich aus der Vereinbarung ergebenden Vorteile durch ein Ausgleichssystem, das die Gewinne und Verluste nach den gleichen Kriterien aufteilte. Nach Auffassung der Kommission bewirkte diese Regelung eine Verhärtung der erworbenen Handelsposition, ohne einen ausreichenden Ansatz zur Spezialisierung zu schaffen. Die Harmonisierung der Handelspolitik und die Koordinierung der Vertriebsstellen in

318) s. Fn. 96

allen Ländern einschließlich der Mitgliedstaaten der EWG; die Aufteilung der Produktion auf die einzelnen Werke der Gesellschaften nach festen Quoten und einer von der Koordinierungsstelle festgesetzten Papiereinheit, der Ausgleich der Betriebsergebnisse nach festen Quoten und schließlich eine gewisse Preiskoordinierung, bei der insbesondere die Verkäufe zu einem Preis, der mehr als 20 % unter dem Gestehungspreis lag, vom Ausgleichssystem ausgeschlossen werden sollte, galten daher als im Widerspruch zu Art. 85 Abs. 1 stehend und konnten nicht aufgrund von Art. 85 Abs. 3 von diesem Verbot befreit werden.

Im übrigen hat die Kommission im Falle Feinpapier noch weitere Vereinbarungen als nicht unerlässlich im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV angesehen:

die Klauseln, welche die Freiheit der Vertragsparteien bei der Wahrnehmung ihrer gewerblichen Schutzrechte eingeschränkt und die Teilnahme Dritter an Forschungs- und Entwicklungsprogrammen einer der Parteien verhindert hätten;
die Vereinbarungen, die für eine der Vertragsparteien die Gefahr in sich bargen, daß die Fortführung ihrer Tätigkeit im Bereich der betreffenden Erzeugnisse bei einer Auflösung der Vereinbarung insbesondere durch die Verpflichtung in Frage gestellt worden wäre, sogar auf die Benutzung ihrer Markenzeichen und ihres Firmennamens aus der Zeit vor Abschluß der Vereinbarung zu verzichten.

c2) Zusammenfassung der Entscheidungspraxis der Kommission zum Begriff der "Unerlässlichkeit" und Vergleich mit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden

Das Tatbestandsmerkmal der Unerlässlichkeit wird von der Kommission streng geprüft. Eine Anzahl der untersuchten Vereinbarungen ist an diesem Erfordernis gescheitert.

Die Kommission hat in den untersuchten 8 Entscheidungen folgende Vereinbarungen als nicht unerlässlich angesehen:

die Aufteilung der Produktion nach festen Quoten durch die gemeinsame Vertriebsstelle; in einem Falle die Verpflichtung, nur einen bestimmten Drittabnehmer zu beliefern (der Kommission erschien die Vertriebsbeschränkung als zu weitgehend); die Verpflichtung zum Verzicht auf Markenzeichen und Firmennamen im Falle einer Vertragsauflösung.

Faßt man die acht Entscheidungen der Kommission zusammen, so wird die für Spezialisierungskooperationen typische Konstellation -Produktionsaufteilung mit Kollegenlieferungen- grundsätzlich für unerlässlich gehalten; dies gilt grundsätzlich auch für Vereinbarungen mit Ausschließlichkeitsbindungen. Die Praxis der Kommission gleicht damit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden zu § 5a GWB. Im Rahmen des § 5b GWB sind die deutschen Kartellbehörden großzügiger, was sich primär daraus ergibt, daß dort nur kleine und mittlere Unternehmen an den Kooperationen beteiligt sind. Ausschließlichkeitsbindungen sind innerhalb der EWG grundsätzlich nur zulässig, wenn sie keinen absoluten Gebietsschutz bewirken. Der Begriff des absoluten Gebietsschutzes taucht in den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden zwar nicht auf. Das Bundeskartellamt war aber in vielen Entscheidungen bemüht, Vereinbarungen entgegenzuwirken, die zu einer Abriegelung des Marktes geführt und damit ermöglicht hätten, daß die Vertragswaren keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt gewesen wären. Daher ist auch für das deutsche Kartellrecht zu folgern, auch wenn der Begriff des absoluten Gebietsschutzes nicht verwendet wird, daß die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes grundsätzlich unzulässig ist.

d) Das Tatbestandsmerkmal "Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren" in der Entscheidungspraxis der Kommission

d1) Der sachlich und örtlich relevante Markt

Art. 85 Abs. 3b EWGV fordert, daß durch die Spezialisierungskooperation keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung bezieht sich auf den "relevanten Markt." Hierunter ist der Kreis aller Wirtschaftsgüter zu verstehen, die für den Verbraucher in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht wahlweise als Kaufobjekte in Frage kommen.³¹⁹⁾ Der sachlich relevante Markt ist identisch mit dem Begriff der "betreffenden Waren". Der örtlich relevante Markt ist der Gemeinsame Markt. Es kommt damit auf die Summe dieser Waren im Gemeinsamen Markt an, d.h. die Produktion zuzüglich der Einfuhren und abzüglich der Ausfuhren in dritte Länder. Eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung kann aber auch auf einem Teilmarkt der EWG vorliegen, wenn der Anteil des Teilmarktes am Gemeinsamen Markt wesentlich und so abgeschlossen ist, daß zwischen ihm und dem übrigen Gemeinsamen Markt keine Wechselwirkung besteht.³²⁰⁾ Wenn die Abnehmer allerdings in nicht unerheblicher Zahl von diesem Teilmarkt auf andere Gebiete des Gemeinsamen Marktes ausweichen können, wenn also eine sog. cross-elasticity der Nachfrage besteht, so kann man von einer Ausschaltung des Wettbewerbs auf diesem Teilmarkt nicht sprechen.³²¹⁾

319) s.z.B. Spengler, Das marktbeherrschende Unternehmen im EWGV, (WuW 1961), S. 513; die Auslegung der Literatur deckt sich mit derjenigen, wie sie von der Kommission vorgenommen wird.

320) Baumbachner/Hefermenl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (1960), Anm. 31 zu Art. 85 EWGV

321) Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963), Rn. 51

In den sachlich relevanten Markt ist einzubeziehen, was nach der Verkehrsanschauung der Gattung der Vertragswaren zugerechnet wird und ohne weiteres gegeneinander ausgetauscht werden kann. Substitute spielen dagegen erst bei der Prüfung der Frage eine Rolle, ob der Wettbewerb ausgeschaltet wird. Eine Ausschaltung des Wettbewerbes liegt dann nicht vor, wenn die Abnehmer in zumutbarer Weise auf Substitute ausweichen können. In diesem Fall ist es unerheblich, ob die beteiligten Unternehmen einen wesentlichen Teil der Erzeugnisse dieses Marktes produzieren.

d2) Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs

Bei der Beurteilung der Frage, wann für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren der Wettbewerb ausgeschaltet wird, stellt die Kommission ebenso wie die deutschen Kartellbehörden nicht allein auf den prozentualen Marktanteil des Kartells, sondern auf die Struktur des ganzen Wirtschaftsbereiches, vor allem auf die Größe der am Kartell beteiligten Unternehmen und die Zahl und Stärke der Wettbewerber ab. Zudem ist nach Auffassung der Kommission zu beachten, ob die beteiligten Unternehmen auf ein geographisch begrenztes Gebiet konzentriert oder über den ganzen Gemeinsamen Markt verteilt und daher in erhöhtem Maße dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Obwohl im französischen Originaltext des EWG-Vertrages das Wort "possibilité" verwendet wird, genügt nicht jede entfernte theoretische Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, die Vereinbarung muß vielmehr objektiv geeignet sein, den Wettbewerb auszuschalten, wobei von einer "Ausschaltung" grundsätzlich nur dann gesprochen werden kann, wenn dieser völlig oder nahezu völlig aufgehoben wird. Neben der geographischen und sachlichen Abgrenzung des Marktes ist nach der Entscheidungs-

praxis der Kommission maßgeblich, welche Formen des Wettbewerbes durch die Vereinbarung erfaßt werden. Sind es nur Nebenformen wie etwa Werbemethoden, so kann auch eine Vereinbarung, die 100 % des Gemeinsamen Marktes umfaßt, den Wettbewerb grundsätzlich nicht ausschalten. Je intensiver die Kooperationsformen sind, durch die der Wettbewerb beschränkt wird, desto geringer muß der Anteil der Vereinbarung am Gemeinsamen Markt sein, wenn die negative Voraussetzung des Art. 85 Abs. 3b nicht erfüllt sein soll.³²²⁾ Damit sind bei der Prüfung des Art. 85 Abs. 3b EWGV durch die Kommission folgende Gesichtspunkte erheblich:

die Größe der beteiligten Unternehmen und ihr Anteil am Umsatz der vom Kartell erfaßten Erzeugnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes;

die Struktur des betreffenden Wirtschaftsbereiches; ob insbesondere der durch die Vereinbarung gebildeten Gruppe viele kleine oder wenige große Wettbewerber gegenüberstehen; ferner, ob ein starker Wettbewerb durch Substitute besteht und welche Wettbewerbsformen durch die Vereinbarung beseitigt oder eingeschränkt werden.

d3) Einzelfälle aus der Entscheidungspraxis der Kommission

Im Falle MAN/SAVIEM³²³⁾ hat die Kommission bei der Beurteilung des relevanten Marktes nicht nur die gegenwärtigen Marktverhältnisse, sondern auch die künftige Entwicklung des zwischenstaatlichen Handels berücksichtigt.

In der Entscheidung der Kommission FN/CF³²⁴⁾ wird deutlich,

322) Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963), Rn. 52

323) s. Fn. 101

324) s. Fn. 98

daß die Kommission bei der Prüfung der Frage, ob durch die Vereinbarung wesentlicher Wettbewerb ausgeschaltet wird, neben dem Marktanteil, der am Kartell beteiligten Unternehmen auch auf die Größe der Wettbewerber abstellt. Die Kommission hat die Kooperation, obwohl sie über einen bedeutenden Marktanteil verfügte, auch deswegen für unbedenklich gehalten, weil noch eine Reihe gleich großer oder größerer Konkurrenten am Markt vorhanden war. Die Kommission kam daher zu dem Ergebnis, daß die Vertragsparteien nicht in der Lage seien, ihre Marktstellung mißbräuchlich auszunutzen, ohne Gefahr zu laufen, ihre Kunden an andere bedeutende Konkurrenten zu verlieren.

Im Falle Jaz/Peter³²⁵⁾ hat die Kommission eine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs verneint, obwohl die gegenseitigen Bezugs- und Lieferverpflichtungen, Ausschließlichkeitsbindungen mit Meistbegünstigtenklauseln enthielten. Maßgeblich für die Erteilung der Freistellungserklärung war, daß die Vertragsparteien bei der Bildung der Verkaufspreise frei waren und dem Zwischenhandel die Möglichkeit blieb, jederzeit Parallelimporte vorzunehmen. Zudem stand es Jaz und Peter frei, unter ihren eigenen Marken in andere Länder als Deutschland und Frankreich auszuführen und Waren zum Zwecke des Weiterverkaufs außerhalb Deutschlands und Frankreichs von anderen Herstellern zu beziehen.

Im Falle ACEC/Berliet³²⁶⁾ hat die Kommission bei einer Kooperationsvereinbarung, die die Entwicklung elektrisch angetriebener Omnibusse betraf, eine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs verneint. Zu diesem Ergebnis kam die Kommission in erster Linie deswegen, weil sie den sachlich relevanten Markt

325) s. Fn. 97

326) s. Fn. 100

nicht auf elektrisch angetriebene Omnibusse beschränkte, sondern Kraftfahrzeuge mit herkömmlichem Antriebssystem miteinbezog. Auf dem so bestimmten Markt war wesentlicher Wettbewerb vorhanden.

d4) Die Entscheidungspraxis der Kommission zur Frage der Wettbewerbsbeschränkung im Vergleich mit den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden

Die Zusammenfassung der Einzelentscheidungen der Kommission zeigt, daß der Marktanteil eines Kartells allein noch keinen hinreichenden Schluß auf seine Genehmigungsfähigkeit zuläßt; das gilt für sehr hohe und für niedrige Marktanteile.

Die Kommission hat mehrfach Spezialisierungskartelle mit hohen Marktanteilen zugelassen. Die Entscheidungspraxis der Kommission deckt sich insoweit mit der der deutschen Kartellbehörden. Bei der Beurteilung des relevanten Marktes zeigte die Kommission mehr Flexibilität als die deutschen Kartellbehörden. Soweit ein Unternehmen eine Weltmarktstellung besitzt, wird von der Kommission auch die Wettbewerbslage am Weltmarkt in Rechnung gestellt und nicht allein der grundsätzlich maßgebliche Markt der Europäischen Gemeinschaften. In den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden findet sich keine, die einen größeren Markt als den der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigt hätte.

Zusammenfassend zeigt sich eine weitgehende Übereinstimmung der Kriterien, die von den deutschen und europäischen Kartellbehörden bei der Prüfung der Wettbewerbslage herangezogen werden, obwohl die Tatbestände der §§ 5a, 5b GWB und des Art. 85 Abs. 3 EWGV unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen beinhalten. Ein Vergleich der Ergebnisse dieser Prüfung ist wegen

der unterschiedlichen Struktur der deutschen und europäischen Kartelle, auf die bereits mehrfach hingewiesen wurde, nur sehr beschränkt möglich.

3) Die Gruppenfreistellungsverordnung

a) Gruppenfreistellungsverordnung und Mittelstandsförderung

Der Rat der EG hat nach Art. 87 Abs. 2b EWGV durch Verordnung Nr. 2821/71 die Kommission zum Erlaß einer Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungskartelle ermächtigt. Darauf hat die Kommission die Verordnung Nr. 2779/72 über die Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen erlassen.³²⁷⁾

Die Gruppenfreistellungen beschränken sich auf bestimmte Typen von Vereinbarungen. Im Vergleich zum individuell konkreten Verwaltungsakt der Einzelfreistellung nimmt sich die Gruppenfreistellungsverordnung als generell abstrakte Rechtsverordnung aus. Mit Bezug auf die Kriterien der Gruppenfreistellungsverordnung läßt sich von per se zulässigen Absprachetypen sprechen, denn alle Vereinbarungen, die die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung erfüllen, sind vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV befreit. Diese Verträge sind zulässig und zivilrechtlich wirksam. Sie brauchen nicht angemeldet zu werden. Da aber die Gruppenfreistellungsverordnung un-

327) ABLEG 1972 2 292, S. 23, Der Erlass der Gruppenfreistellungsverordnung diene auch der Entlastung der Kommission; ihre Tätigkeit sollte auf die schwerwiegenden Fälle beschränkt werden; s. dazu bereits Steindorff, Wettbewerbsbeschränkung, Europees Kartellrecht, (1967 - 1968) S. 277 ff.

beschadet der Anwendung der VO Nr. 17 ergeht, können die Unternehmen im Einzelfall eine Entscheidung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV verlangen.

Die Gültigkeit der Gruppenfreistellungsverordnung ist zu zunächst auf 5 Jahre beschränkt.

Spezialisierungskartelle sind besonders geeignet, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen zu stärken. Die Kommission hat sich nämlich zum Ziel gesetzt, die Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen durch Verordnungen und Einzelentscheidungen zu fördern und sie dadurch in die Lage zu versetzen, mit Großunternehmen wirksam in Wettbewerb treten zu können.³²⁸⁾ Die Kommission findet sich mit dieser Auffassung im Einklang mit dem Rat der Europäischen Gemeinschaften, dem Europäischen Parlament und dem deutschen Gesetzgeber, der die Mittelstandskooperation insbesondere durch die Vorschriften der §§ 5a, 5b GWB zu fördern beabsichtigt.

b) Freistellung für kleine und mittlere Unternehmen nach der Gruppenfreistellungsverordnung

b1) Die Bestimmung des Begriffes "kleine und mittlere Unternehmen" in der Gruppenfreistellungsverordnung

Die Gruppenfreistellungsverordnung gilt nur für kleine und mittlere Unternehmen. Bei Großunternehmen ist nur eine Einzel freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV möglich. In den Art. 3 und 4 der Gruppenfreistellungsverordnung ist festgelegt, was unter dem Begriff "kleine und mittlere Unternehmen" zu

³²⁸⁾ s. S. 38 ff.

verstehen ist. Ihr Marktanteil für spezialisierte Erzeugnisse darf in keinem der Mitgliedsstaaten der EWG mehr als 10 % betragen. Sachlich relevanter Markt ist der Markt der spezialisierten und gleichartigen Erzeugnisse. Der räumlich relevante Markt ist in dem jeweiligen Markt der einzelnen Mitgliedsstaaten zu sehen. Haben sich die Vertragspartner so spezialisiert, daß ihre Produkte nicht miteinander in Wettbewerb stehen, so errechnet sich der Marktanteil nach der Produktion, die der einzelne Vertragspartner vertreibt. Nur wenn die spezialisierten Erzeugnisse im Wettbewerb stehen, sind die Umsätze der Kartellpartner zusammenzurechnen.³²⁹⁾ Der Gesamtumsatz aller an der Spezialisierung beteiligten Unternehmen einschließlich der in Art. 4 genannten Konzernunternehmen darf unabhängig vom prozentualen Marktanteil 150 Mio Rechnungseinheiten, also fast eine halbe Milliarde DM, nicht überschreiten. Der Gesamtumsatz umfaßt nicht nur den Umsatz mit den spezialisierten und gleichartigen Erzeugnissen, sondern den Umsatz mit allen Erzeugnissen und Dienstleistungen der beteiligten Unternehmen einschließlich ihrer Konzernunternehmen. Die Freistellung bleibt auch dann wirksam, wenn der Gesamtumsatz innerhalb von 2 aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren bis zu 10 % überschritten wird. Dabei bildet 10 % die Höchstgrenze für beide Geschäftsjahre.³³⁰⁾

b2) Vergleich mit der Auslegung des Begriffs "kleine und mittlere Unternehmen" im deutschen Kartellrecht

Von den Vorschriften, die im deutschen Kartellrecht als Rechtsgrundlagen für die Zulassung von Spezialisierungskartellen dienen, ist allein § 5b GWB auf kleine und mittlere Un-

329) Spormann, Förderung europäischer Spezialisierungskartelle, (WuW 3/1973), S. 171

330) s. Fn. 329

ternehmen beschränkt. An Kartellen nach §§ 5 und 5a GWB sind auch Großunternehmen beteiligt. Eine Legaldefinition des Begriffs "kleine und mittlere Unternehmen" findet sich bei § 5b GWB nicht. Dieses Tatbestandsmerkmal wird durch Gesetzesauslegung danach bestimmt, wie sich das betreffende Unternehmen zu den großen Unternehmen der jeweiligen Branche verhält. Nur soweit eine Betrachtung nach der Größenrelation kein eindeutiges Ergebnis bringt, wird auf die "Mittelstandsklausel" des § 24 Abs. 8 Nr. 2 GWB zurückgegriffen, die von einer Umsatzgröße von 50 Mio DM ausgeht.³³¹⁾

c) Freistellung nur für bestimmte Formen der Spezialisierung

c1) Beschränkung der Gruppenfreistellungsverordnung auf bestimmte Kooperationsformen

Durch die Gruppenfreistellungsverordnung werden nicht alle denkbaren Formen der Spezialisierung vom Kartellverbot freigestellt. Nach Art. 1 der Verordnung erfolgt eine Freistellung nur für Spezialisierungen bei der Herstellung von Erzeugnissen. Dabei ist aus den Worten "bestimmte Erzeugnisse" zu entnehmen, daß für Aufteilungen nach Mengen eine Freistellung nicht erfolgen kann. Quotenkartelle können also nicht befreit werden.³³²⁾ Der Wortlaut "oder von anderen Unternehmen herstellen zu lassen" deckt auch Lohnaufträge im Rahmen der Spezialisierung. Dagegen fällt die Spezialisierung im Vertrieb oder innerhalb des Dienstleistungsbereichs nicht unter die Verordnung. Diese Fassung der Verordnung erklärt sich daraus, daß die Kommission im Zeitpunkt des Erlasses der Gruppenfrei-

331) s. oben S. 135

332) Spormann a.a.O. S. 181; s.a. den Fall Feinpapier (Fn.96) wo eine Einzelgenehmigung erst erfolgte, nachdem die Bestimmung über die Quotierung im Vertrag aufgehoben worden war.

stellungsverordnung in diesem Kooperationsbereich noch nicht über die ausreichende Erfahrung verfügte, so daß eine Aufnahme dieser Kooperationsformen in die Gruppenfreistellungsverordnung nicht möglich war. Zudem wäre auf diesen Gebieten die Versuchung, unter dem Deckmantel der Spezialisierung Märkte aufzuteilen, besonders groß. Solche Fälle werden daher besser in Einzelverfahren nach Art. 85 Abs. 3 EWGV entschieden. Ein einseitiger Produktionsverzicht wird durch die Gruppenfreistellungsverordnung nicht befreit. Freistellungsfähig sind nur gegenseitige Verpflichtungen.

c2) Vergleich mit der deutschen Rechtslage

Die Gruppenfreistellungsverordnung ist bei den Spezialisierungsformen enger als der Anwendungsbereich der §§ 5a, 5b GWB. Von diesen Vorschriften werden Spezialisierungskooperationen aller Art erfaßt. Der weitere Anwendungsbereich der deutschen Normen resultiert aus der Tatsache, daß im deutschen Kartellrecht stets eine Einzelfallprüfung stattfindet, sodaß marktwirtschaftlich mißbilligenswerte Kooperationen ausgeschlossen werden können.

d) Zusatzvereinbarungen zur Spezialisierung

d1) Die nach der Gruppenfreistellungsverordnung zugelassenen Zusatzvereinbarungen

Im Art. 2 der Gruppenfreistellungsverordnung werden die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln einzeln und abschließend aufgezählt, die mit einer Spezialisierung verbunden werden dürfen. Für Wettbewerbsbeschränkungen die darüber hinaus vereinbart werden, ist eine Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV notwendig. Dies gilt auch dann, wenn die zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen in eine vom Kartellvertrag gesonderte Ver-

einbarung aufgenommen wurden, da sämtliche Vereinbarungen stets in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang zu sehen sind.

Bei den Zusatzvereinbarungen unterscheidet die Gruppenfreistellungsverordnung zwischen Klauseln, die eindeutig den Wettbewerb beschränken:

- | | |
|---------------|--|
| Art. 2 Abs. 1 | <ul style="list-style-type: none"> a) Konkurrenzverbot b) Verpflichtung zur Kollegenlieferung c) ausschließliche Bezugspflicht d) Alleinvertrieb |
|---------------|--|

und solchen, bei denen eine Wettbewerbseinschränkung zweifelhaft sein kann:

- | | |
|---------------|--|
| Art. 2 Abs. 2 | <ul style="list-style-type: none"> a) Lagerhaltungspflicht b) Servicepflicht |
|---------------|--|

Unter einem Konkurrenzverbot (Art. 2 Abs. 1a) ist die Verpflichtung zu verstehen, über gleiche und gleichartige Vertragserzeugnisse mit anderen Unternehmen nur dann Spezialisierungsvereinbarungen zu schließen, wenn die Vertragspartner zustimmen. Diese Zustimmung kann auch dann verlangt werden, wenn kein wichtiger Grund vorliegt.³³³⁾

Nach der Gruppenfreistellungsverordnung darf die Verpflichtung den Vertragspartner mit spezialisierten Erzeugnissen zu beliefern (Kollegenlieferung Art. 2 Abs. 1b), mit der Vereinbarung verbunden werden, Mindestqualitäten einzuhalten. Meistbegünstigtenklauseln sind dagegen nicht zulässig. Ebensowenig sind ausschließliche Lieferverpflichtungen zulässig, da diese häufig den Wettbewerb zu sehr einschränken und zu Marktaufteilungen führen könnten.

³³³⁾ Spormann a.a.O. S. 186

Eine ausschließliche Bezugspflicht (Art. 2 Abs. 1c) darf nur unter der Bedingung vereinbart werden, daß keine günstigeren Bezugsmöglichkeiten bestehen und die Vertragspartner nicht in diese eintreten.

Nach der Gruppenfreistellungsverordnung können die Vertragspartner vereinbaren, sich gegenseitig den Alleinvertrieb für die Spezialisierungserzeugnisse zu übertragen (Art. 2 Abs. 1c). Voraussetzung ist allerdings, daß die Vertragsparteien es den Abnehmern nicht erschweren, sich die Vertragserzeugnisse anderweitig im Gemeinsamen Markt zu beschaffen. Der freie Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft muß gewährleistet bleiben.

Die nach der Gruppenfreistellungsverordnung als Zusatzabrede genehmigungsfähige Lagerhaltungspflicht (Art. 2 Abs. 2a) bezieht sich auf die Vorratshaltung von Mindestmengen und Ersatzteilen.

Die Servicepflicht (Art. 2 Abs. 2b) bedeutet, daß jedes Kartellmitglied verpflichtet werden kann, die Serviceleistungen für alle spezialisierten Erzeugnisse der Partner zu übernehmen. Auf andere, mit den spezialisierten Erzeugnissen im Wettbewerb stehende Produkte darf die Servicepflicht aber nicht ausgedehnt werden, weil dadurch der Wettbewerb zusätzlich beschränkt würde.

Die Gruppenfreistellungsverordnung hat damit aus den acht erwähnten Einzelfallentscheidungen die Vertragsklauseln übernommen, die nach Auffassung der Kommission für eine generelle Freistellung geeignet waren.

Die Aufnahme einer Klausel über die Erteilung von Lizenzen wurde bewußt vermieden, da einer besonderen Gruppenfreistellungsverordnung über Lizenzen nicht vorgegriffen werden sollte.

d2) Vergleich mit den §§ 5a, 5b GWB

Die Gruppenfreistellungsverordnung ist bei der Zulassung von Zusatzvereinbarungen enger als die §§ 5a, 5b GWB, wo nahezu sämtliche Zusatzabreden vereinbart werden können und in der Praxis auch tatsächlich vereinbart werden. Der weitere Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts rechtfertigt sich auch hier daraus, daß nach den §§ 5a, 5b GWB jeweils eine Einzelfallprüfung stattzufinden hat. Der engere Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung bewirkt aber keinen wesentlichen Unterschied zum deutschen Recht. Durch die Gruppenfreistellungsverordnung werden für die prima facie eindeutigen Fälle Einzelfreistellungen entbehrlich. Die Einzelfreistellung wird durch sie aber nicht ausgeschlossen.³³⁴⁾

e) Aufhebung der Gruppenfreistellungsverordnung im Einzelfall

Nach Art. 5 der Gruppenfreistellungsverordnung kann die Kommission im Einzelfall die Gruppenfreistellung aufheben, wenn trotz des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen eintreten, die auch nicht nach Art. 85 Abs. 3 freigestellt werden könnten. Die Freistellung kann nur mit ex-tunc Wirkung aufgehoben werden. Als Fälle, in denen eine Aufhebung im Einzelfall geboten erscheint, nennt Art. 5 das Fehlen wesentlicher Rationalisierungserfolge oder einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher am Gewinn. Art. 5 dient damit insbesondere als Instrument gegen Marktaufteilungen, die unter dem Deckmantel der Spezialisierung vereinbart wurden.

4) Einzelfreistellungen nach Erlaß der Gruppenfreistellungsverordnung

³³⁴⁾ s. dazu oben S. 184 ff.

a) Die Tatbestandsmerkmale "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen Fortschritts"

Nach Erlaß der Gruppenfreistellungsverordnung hat die Kommission noch mehrere Einzelfreistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erlassen, die im folgenden aufgegliedert nach einzelnen Tatbestandsmerkmalen behandelt werden.

a1) Der Fall KEWA

Im Falle KEWA³³⁵⁾ wurde in der gemeinsamen Errichtung einer Wiederaufbereitungsanlage für Kernbrennstoffe eine Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV gesehen, weil durch die Vereinbarung der rasche Übergang zum großtechnischen Stadium der Wiederaufbereitung ermöglicht wurde und den gesonderten Bemühungen der einzelnen Unternehmer insoweit keine Erfolgsaussichten beschieden gewesen wären.

a2) Der Fall Bayer/Gist-Brocades

Auf die Entscheidung Bayer/Gist-Brocades³³⁶⁾ wurde bereits bei der Beschreibung der Spezialisierungsformen der EWG hingewiesen. Die Vereinbarung geht sowohl nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, als auch nach der Größe der an ihr beteiligten Unternehmen weit über das hinaus, was für den Bereich des deutschen Kartellrechts als üblich angesehen werden kann. Das Vertriebs- und Produktionsnetz der beteiligten Unternehmen erstreckt sich über die ganze Welt.

Der zwischen den Unternehmen ausgehandelte Kooperationsvertrag ist speziell auf diese Kooperation zugeschnitten. Im Be-

335) s. Fn. 104

336) s. Fn. 95

reich des deutschen Kartellrechts insbesondere bei § 5b findet man dagegen häufig branchenspezifische Kooperationsverträge, bei denen sich die Vertragsklauseln teilweise wörtlich entsprechen.

Im Fall Bayer/Gist-Brocades hatten die Parteien in mehreren Verträgen vereinbart, sich schwerpunktmäßig auf die Herstellung bestimmter Säuren zu spezialisieren. Daneben wurden gegenseitige Investitionshilfen verabredet. Eine Verpflichtung zum Ausbau der Anlagen bestand aber nicht. Die Spezialisierung wurde durch gegenseitige Lieferverträge ergänzt, ohne daß eine Verpflichtung der Vertragspartner bestand, ihren Bedarf ausschließlich im Rahmen dieser Verträge zu decken. Bei Beendigung des Vertrages sollte jeder Vertragspartner das Recht haben, daß ihm eine Lizenz an bestehenden Schutzrechten gegeben und die technischen Kenntnisse nach dem letzten Stand mitgeteilt werden. Obwohl die Partner in der Forschung in ihren Spezialisierungsbereichen grundsätzlich frei blieben, sollte jeder Vertragspartner an den Ergebnissen der Forschung des anderen beteiligt werden. Der Vertrag enthielt Bestimmungen über die Verpflichtung zur Übertragung einfacher, nicht weiter übertragbarer bestehender Lizenzen und solcher Lizenzen, die aufgrund von Verbesserungserfindungen erlangt wurden. Die vorstehend beschriebenen Liefer-, Lohnveredelungs- und Lizenzverträge waren ursprünglich durch einen Rahmenvertrag ergänzt, in dem die Finanzierung der erweiterten Produktionsanlagen geregelt war. Die Anlagen sollten in zwei Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden, die mit einem paritätischen Beirat zur Koordinierung der Zusammenarbeit besetzt werden sollten.

Die Kommission hat der Gründung dieser Gemeinschaftsunternehmen als Mittel zur gemeinsamen Kontrolle der Produktion und der Investition als mit Art. 85 unvereinbar beanstandet. Die

bereits gegründeten beiden Gesellschaften wurden aufgelöst, nachdem die Möglichkeit der Erteilung einer Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV verneint worden war.

Obwohl die untersagte Vereinbarung innerhalb des Bereiches des deutschen Kartellrechts keine direkte Parallele hat, scheint doch die Kommission an die Zulässigkeit der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen zur Verwirklichung der Spezialisierung strengere Anforderungen zu stellen als die deutschen Kartellbehörden, die die Bildung derartiger Gesellschaften in ähnlicher Funktion grundsätzlich unbeanstandet ließen. Die Kommission hat in den übrigen Abreden eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung nach Art. 85 Abs. 1 EWGV gesehen, aber insoweit eine Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erteilt. In der Verpflichtung zur Lizenzgewährung sah sie eine Beeinträchtigung des Forschungswettbewerbs, weil die Lizenzen nach dem Kartellvertrag nicht nur auf Verbesserungen der bisherigen Verfahren, sondern auch auf neue Verfahren einzuräumen waren, sodaß keine der Vertragsparteien einen Wettbewerbsvorsprung erzielen konnte.

Da jeder Vertragspartner auf einen Teil seiner Produktion zugunsten des anderen verzichtete und die Produktionsaufteilung durch langfristige Bezugsverträge sicherte, lag auch insoweit eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vor. Die Liefervereinbarungen wurden als mit dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 unvereinbar angesehen, obwohl keine Ausschließlichkeitsverpflichtung vereinbart war. Die Kommission hat dies damit begründet, daß das durch Spezialisierung und die langfristige gegenseitige Bindung mit der Pflicht zur Investitionsbeteiligung geschaffene Abhängigkeitsverhältnis "zwangsläufig" dazu führen müsse, daß jeder Vertragspartner seinen Bedarf grundsätzlich beim anderen deckt. Zudem waren die Abgabepreise so günstig, daß die Parteien an einem Fremdbezug kein Interesse

haben konnten.

Die Entscheidungspraxis der Kommission gleicht darin derjenigen der deutschen Kartellbehörden, wonach Kollegenlieferungen auch ohne Ausschließlichkeitsbindung grundsätzlich unter das Verbot des § 1 GWB fallen.³³⁷⁾

Die Beantwortung der Frage, ob die Kooperation der Vertragspartner zu einer Verbesserung der Produktion oder der Verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitrug, bereitete im vorliegenden Fall Schwierigkeiten, weil es sich bei den Kartellpartnern um markterfahrene, marktbedeutende und finanzstarke Unternehmen handelte, sodaß davon auszugehen war, daß jedes Unternehmen in der Lage war, die Kosten und das wirtschaftliche Risiko zu tragen, das sich aus der Vergrößerung der Produktion zum Zwecke der Rationalisierung der Herstellung ergab. Trotzdem hat die Kommission eine Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 bejaht. Die Verbesserung der Produktion und Warenverteilung wurde von der Kommission im wesentlichen damit begründet, daß eine Rationalisierung und Erweiterung der bestehenden Anlagen der Kartellpartner nicht so rationell gewesen wäre, wie der gemeinsame finanzierte Ausbau. Dem Kartell wurde daher nach Bejahung der übrigen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWGV die Freistellungserklärung erteilt.

a3) Der Fall Rank/Sopelem

Bei der Darstellung der Spezialisierungsformen in der EWG wurde bereits der Fall Rank/Sopelem³³⁸⁾ erwähnt, insoweit darf auf die Beschreibung der Spezialisierungskooperation auf S.76 hingewiesen werden.

³³⁷⁾ s.o. S. 33

³³⁸⁾ s. Fn. 99

Es handelt sich um einen typischen Fall der Beschränkung potentiellen Wettbewerbs, da die der Vereinbarung unterfallenden Erzeugnisse bisher von keinem der Vertragspartner hergestellt wurden, sodaß schon bisher eine faktische Arbeitsteilung bestand. Jede der beiden Parteien war aufgrund ihrer Erfahrung befähigt, auch die Produkte ihres Vertragspartnern herzustellen. In dem vereinbarten Produktionsverzicht, verbunden mit der Ausschließlichkeitsvereinbarung, die den Verkauf der eigenen und der gemeinsamen Erzeugnisse im jeweiligen Vertragsgebiet der Kartellpartner festlegte, hat die Kommission eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 85 Abs. 1 gesehen. Die Kommission hat festgestellt, daß durch die Erhöhung der Produktion bei den Vertragspartnern eine Verbesserung der Rentabilität eingetreten sei, die zu einer Kosteneinsparung bei den Kartellpartnern geführt habe. Durch die Zusammenarbeit sei es jedem Kartellpartner ermöglicht worden, eine breitere Palette von Produkten anzubieten; damit sei eine Verbesserung der Produktion im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV zu bejahen. Der Kooperationsvertrag ermöglichte jedem Vertragspartner den Zugang zum Vertriebsnetz des anderen, wodurch eine Steigerung des Absatzes erreicht wurde. Damit trug die Vereinbarung auch zur Verbesserung der Warenverteilung bei. Durch die Koordinierung und Aufteilung der Forschungs- und Entwicklungsarbeiten auf beide Unternehmen war nach Auffassung der Kommission eine Rationalisierungswirkung eingetreten, wodurch zur Förderung des technischen Fortschritts beigetragen worden sei. Dem Kartell wurde daher nach Bejahung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen die Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erteilt.

a4) Marine Paint Association

Eine Spezialisierungskooperation im weiteren Sinne findet sich

im Falle Marine Paint Association.³³⁹⁾ Anhand dieser Entscheidung wird später zu zeigen sein, wie sehr die Beurteilung von Kooperationsvereinbarungen von der konkreten Situation abhängt.

Mit der Vereinbarung, der 20 Unternehmen mittlerer Größe angehörten, sollte die Konkurrenzfähigkeit der Vertragspartner auf dem Weltmarkt erhöht werden. Die Mitglieder vereinbarten daher, Schiffsfarben nach einheitlichen Rezepten und in gleicher Qualität herzustellen und unter demselben Warenzeichen zu vertreiben. Die Vertragspartner hatten die Vertragswaren vorrätig zu halten und für Kundendienst und Werbung zu sorgen. Sie vereinbarten den Austausch von Lizenzen und Erfahrungen bezüglich der unter demselben Warenzeichen vertriebenen Produkte.

Diese wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen hat die Kommission nach Art. 85 Abs. 3 vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 freigestellt. Die Zusammenfassung und Koordinierung der einzelnen Vertriebsnetze der Mitglieder sei ein geeignetes und erforderliches Mittel, das Warenangebot zu bereichern und die Absatzstruktur im Schiffsfarbensektor zu verbessern.

a5) Prym - Beka

Eine typische Spezialisierungsvereinbarung liegt im Fall Prym - Beka³⁴⁰⁾ vor. Aufgrund des Kartellvertrages hatte Prym ihre Produktion von Nadeln für Haushaltsnähmaschinen aufge-

339) WuW/E Kommission 1974, 351; s.a. Kommission Wettbewerbsbericht 1973, S. 56; s.a. Cahier de droit européen 1975, S. 280, s. dazu Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht, (1972) S. 355 ff., wo darauf hingewiesen wird, daß mit dieser Entscheidung eine neue Phase in der EWG-Kartellpolitik begonnen hatte. Ab dieser Entscheidung seien im Gegensatz zu früher überwiegend Horizontalabreden entschieden worden.

340) Kommission Wettbewerbsbericht 1973, S. 55

geben und bezog diese nunmehr ausschließlich zu einem Vorzugspreis von Beka. Wegen des Verbots für Prym, derartige Nadeln selbst herzustellen, ihrer Verpflichtung, den gesamten Bedarf an derartigen Nadeln bei Beka zu decken und der Verpflichtung von Beka, alle von ihr benötigten Mengen zu Vorzugspreisen zu liefern, fiel die Vereinbarung zwar unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV, wurde von der Kommission jedoch nach Art. 85 Abs. 3 vom Kartellverbot freigestellt, da die Vereinbarung durch die Einführung der Fließbandherstellung eine Rationalisierung der Produktion und die Herstellung von Erzeugnissen gleichmäßiger Qualität zu günstigeren Preisen ermöglichte.

b) Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn

Nach Art. 85 Abs. 3 EWGV müssen die Verbraucher an dem durch die Kooperation entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden.

Im Falle KEWA,³⁴¹⁾ wo die Vertragspartner die gemeinsame Errichtung einer Wiederaufbereitungsanlage vereinbarten, wurde die Verbraucherbeteiligung mit der Aussicht begründet, daß die von den Benutzern der Anlage, d.h. den Elektrizitätserzeugern verlangten Preise in absehbarer Zeit sinken würden.

Im Fall Rank/Sopelem³⁴²⁾ hat die Kommission die angemessene Verbraucherbeteiligung wie folgt begründet:

Die Kooperation führe zu einer Erhöhung des Gesamtumsatzes der Kartellpartner und zu einer Verbesserung der Qualität ihrer Erzeugnisse und ihres Kundendienstes. Die Bezugsbedingun-

341) s. Fn. 104

342) s. Fn. 99

gen seien verbessert worden, weil den Abnehmern ein vollständigeres Warensortiment von höherem technischen Niveau angeboten werden könne. Die Anwesenheit anderer wichtiger Hersteller auf dem Markt und das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs lasse darauf schließen, daß die sich aus der Vereinbarung ergebenden Verbesserungen und der daraus für die Benutzer entstehende Gewinn aufrechterhalten bleibe.

Im Falle Bayer/Gist-Brocades³⁴³⁾ wurde bei einer Spezialisierungskooperation, die zu einer Produktionsausweitung bei den Kartellpartnern führte, eine angemessene Verbraucherbeteiligung in folgenden Umständen gesehen:

Infolge der Produktionsausweitung gingen die Preise der Spezialisierungsprodukte zurück; die Vergrößerung des Angebotes und die allgemeine Entwicklung der Preise auf der Stufe der Endprodukte spräche dafür, daß die Verbraucher an den Vorteilen der Spezialisierungskooperation angemessen beteiligt würden.

Im Falle Feinpapier³⁴⁴⁾ wurde die angemessene Verbraucherbeteiligung damit begründet, daß die Produktionsausweitung zu einer Senkung der Gestehungspreise führen werde.

Bei Spezialisierungskooperationen mit der Verabredung eines Alleinvertriebs ist bei der Beurteilung der allgemeinen Verbraucherbeteiligung darauf zu achten, daß die Verkaufspreise im Vertriebsland nach Abzug der Zoll- und Steuerbelastung, sowie der Transportkosten nicht über denen des Herkunftslandes liegen.³⁴⁵⁾

343) s. Fn. 95

344) s. Fn. 96

345) s. S. 167 ff.

c) Das Tatbestandsmerkmal der "Unerläßlichkeit"

c1) Die Beurteilung der "Unerläßlichkeit" bei Spezialisierungskooperationen im allgemeinen

Die Spezialisierungsabrede darf keine Vereinbarungen enthalten, die nicht unerläßlich im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV sind.

Im Falle KEWA³⁴⁶⁾ wurde die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens zum Zwecke der Errichtung einer Wiederaufbereitungsanlage für Kernbrennstoffe als unerläßlich im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV angesehen. Ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wäre keiner der Partner angesichts der hohen Investitionskosten und des damit verbundenen Risikos bereit gewesen, die Bemühungen fortzusetzen, die für einen Übergang zu großtechnischem Stadium erforderlich waren.

Die Entscheidung Bayer/Gist-Brocades³⁴⁷⁾ enthält eine Reihe interessanter Ausführungen der Kommission über die Frage der Unerläßlichkeit von Kooperationsvereinbarungen. Die Verpflichtung, auf dem jeweiligen Spezialisierungsgebiet des Vertragspartners auf Eigenproduktion zu verzichten und den Bedarf langfristig beim Vertragspartner zu beziehen, wurde als unerläßlich angesehen. Hierfür war maßgeblich, daß keine Ausschließlichkeitsvereinbarung getroffen worden war, sodaß jede Partei im Falle eines Zusatzbedarfs auf den freien Markt ausweichen konnte. Den Vertragspartnern wurde mit dieser Vertragsgestaltung ein unabhängiges Marktverhalten ermöglicht, ohne ihnen das erforderliche Mindestmaß an Sicherheit für ihre Produktions- und Absatzplanung zu nehmen.

346) s. Fn. 104

347) s. Fn. 95

Die Kommission stellte zugleich fest, daß nach der früheren Vertragsgestaltung die Gewährleistung eines unabhängigen Marktverhaltens der Kartellpartner nicht gegeben war. Die Parteien hatten damals beschlossen, für die Produktion ihrer Spezialisierungsprodukte ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, an dem beide Vertragspartner finanziell und personell paritätisch beteiligt sein sollten. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bedeutete nach Auffassung der Kommission eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Vertragspartnern in der Form der gemeinsamen Kontrolle der Investitionen und der Produktion. Durch die paritätische Besetzung des gemeinsamen Beirates hätte jeder Vertragspartner Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht in sein Konzept paßten, blockieren können. Hieraus hätte sich ein Zwang zur gemeinsamen Festlegung der produzierten Mengen ergeben. Eine so weitgehende Beschränkung des Wettbewerbs wurde nicht als unerlässlich angesehen.

Die von den Vertragspartnern im Lizenzvertrag vereinbarte Nichtangriffsklausel ist von der Kommission als nicht unerlässliche Beschränkung aufgehoben worden. Die Tatsache daß Gist-Brocades und Bayer als zwei der wichtigsten Unternehmen auf dem Gebiet der Vertragswaren sich verpflichteten, ihre Patente nicht anzugreifen, hätte dazu führen können, daß Verfahren, die an sich nicht patentschutzwürdig sind, von Dritten nicht frei zum Vorteil der Verbraucher verwendet werden konnten. Die Verpflichtung zur Lizenzierung nicht nur von Verfahrensverbesserungen, sondern auch von neuen unabhängigen Verfahren, wurde dagegen als unerlässlich angesehen, da sie zur Absicherung der Spezialisierung notwendig sei, um die optimale Nutzung der Anlagen nach den modernsten und wirtschaftlichsten Verfahren zu ermöglichen. Da keine Ausschließlichkeit dieser Lizenzen vorgesehen war, wurde die Gewährung von Lizenzen an Dritte nicht behindert.

Insgesamt zeigt der Fall anschaulich, wie jede der Vereinbarungen von der Kommission einzeln auf ihre Unerläßlichkeit überprüft wurde.

Im Fall Rank/Sopelem³⁴⁸⁾ wurde eine vereinbarte Produktionsaufteilung, verbunden mit ausschließlicher Liefer- und Bezugspflicht, als unerläßlich im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV beurteilt. Die Ausschließlichkeitsbindungen für den Bezug und den Absatz seien von den übrigen Aspekten der Zusammenarbeit nicht zu trennen. Sie gewährleisteten die besten Vertriebsbedingungen für die sehr speziellen Vertragswaren. Der Verzicht beider Partner auf die Herstellung von Erzeugnissen, deren Fertigung in die Zuständigkeit des Partners fällt, ergebe sich aus der Spezialisierung, die Voraussetzung für die Steigerung des Produktivität unter ausreichenden Rentabilitätsbedingungen sei.

c2) Die Beurteilung der "Unerläßlichkeit" bei Spezialisierungskooperationen mit Alleinvertriebsvereinbarungen

Zu Alleinvertriebsvereinbarungen hat die Kommission eine abgestufte Entscheidungspraxis³⁴⁹⁾ im Rahmen der Prüfung der Unerläßlichkeit entwickelt. Unter einer Alleinvertriebsvereinbarung ist die Verpflichtung des Herstellers zu verstehen, im Vertragsgebiet nur den Alleinvertriebshändler zu beliefern. Im Rahmen von Spezialisierungskooperationen räumen sich die Kartellpartner häufig den gegenseitigen Alleinvertrieb der

348) s. Fn. 99

349) Alleinvertriebsvereinbarungen werden heute weitgehend nach der Gruppenfreistellungsverordnung betreffend zweiseitige Alleinvertriebsverträge wirksam; s. dazu Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht, (1972), S. 347 ff. Die Frage des selektiven Vertriebs von Markenartikeln: s. dazu die Entscheidung Omega Uhren (ABLEG 1970 I 242, S. 22 ff.) hat bisher bei Spezialisierungskooperationen keine Rolle gespielt.

Vertragsgewaren ein.³⁵⁰⁾ Es ist daher auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit erforderlich, auf die Zulässigkeit von Alleinvertriebsvereinbarungen einzugehen. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines gegenseitigen Alleinvertriebs ist nach der Entscheidungspraxis der Kommission danach zu differenzieren, ob die Vereinbarung zu einem absoluten Gebietsschutz führt oder nicht.³⁵¹⁾ Die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes ist grundsätzlich nicht nach Art. 85 Abs. 3 EWGV freistellbar. Da sich die Entscheidungspraxis der Kommission aber im wesentlichen bei Vereinbarungen entwickelt hat, die keine Spezialisierungen betrafen, müssen im folgenden diese Entscheidungen erwähnt werden.

Von grundsätzlicher Bedeutung für die Beurteilung des absoluten Gebietsschutzes sind die Entscheidungen:

DRU/Blondel vom 17.7.1965³⁵²⁾, Hummel/Isbecque³⁵³⁾, Jalatte/Voss/Vandeputte³⁵⁴⁾ sowie die Entscheidung der Kommission und des Europäischen Gerichtshofes³⁵⁵⁾ im Falle Grundig -

350) Damit liegt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung vor, während die einseitige Alleinvertriebsvereinbarung zwischen Produzent und Händler eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

351) Zu Marktaufteilungen entsprechend der nationalen Grenzen s. von der Groeben, Das Kartellrecht der EWG im Lichte zweieinhalbjähriger Erfahrung, Kartelle und Monopole im modernen Recht, S. 54

352) ABLEG 1965 S. 2194

353) ABLEG 1965 S. 2581

354) ABLEG 1966 S. 37

355) EuGH Rspr. 13.7.1966 GH XII S. 321

Consten³⁵⁶⁾

Bei einer Zusammenfassung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und der Kommission ergeben sich folgende grundsätzlich verbotene Formen eines absoluten Gebietsschutzes:

Das Verbot der Hersteller an Abnehmer in anderen Gebieten, in das geschützte Gebiet des Alleinvertreters zu exportieren. Der Versuch des Alleinvertreters, unter Berufung auf die Rechtssprechung zum unlauteren Wettbewerb, Parallelimporte zu verhindern;³⁵⁷⁾

die zwischen den Parteien vereinbarte oder mindestens abgestimmte Benutzung von Warenzeichen zur Verhinderung von Parallelimporten;

die Verpflichtung der Hersteller, Vertragserzeugnisse auch nicht mittelbar in das geschützte Gebiet zu liefern.³⁵⁸⁾

Von einem mittelbaren absoluten Gebietsschutz spricht man, wenn die Gebietsschutzabrede nicht ausdrücklich vereinbart

356) ABLEG 1964 S. 2545, Diese Entscheidungen sind im Schrifttum teilweise kritisiert worden; Nachweise bei Winkel (1968), Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht (Diss. 1968); Der EuGH hat seine Spruchpraxis aber bestätigt, s. EuGH Rspr. 25.11.1971 GH XVII S. 149, RS 22/71 "Beguélin/Marbach"

357) Deringer, Alleinvertriebsverträge, (NJW 1966), S. 1589

358) s. dazu krit. Deringer, der darauf hinweist, daß die Grenze zwischen der unzulässigen Verpflichtung, andere Abnehmer am Export in das geschützte Gebiet zu hindern und der zulässigen Pflicht, unmittelbar nur den Alleinvertreter zu beliefern und diese Pflicht nicht durch die Unterstützung von Parallelimporten zu umgehen, nicht leicht zu ziehen ist; Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963) Rn. 71;

ist, sondern sich mittelbar aus anderen Vereinbarungen oder Nebenabreden ergibt.³⁵⁹⁾ Ein Beispiel für diese Vertragsgestaltung bildet der Fall Transocean Marine Paint Association.³⁶⁰⁾

In ihrer ersten von der Kommission genehmigten Vereinbarung vom 27.7.1967 hatten die Vertragspartner beschlossen, ihre Produktions- und Absatzbemühungen auf Gebiete zu konzentrieren, die jedem Mitglied nach dem Kartellvertrag zugewiesen worden waren. Der Vertrag erschwerte es den Kartellmitgliedern, in dem geschützten Gebiet eines anderen Vertragspartners den Wettbewerb mit diesem aufzunehmen. Im einzelnen wurde vereinbart, daß im Falle der Exporte von Transocean-Farben, in das einem anderen Vertragspartner zugewiesene Gebiet und der Lieferung von Farben an ein Schiff, das aus diesem fremden Gebiet stammt, eine Provision an das provisionsberechtigzte Mitglied zu zahlen sei, unabhängig davon, ob von diesem eine besondere Leistung zum Erhalt oder zur Durchführung des Auftrages erbracht worden war. Den 1973 gestellten Verlängerungsantrag lehnte die Kommission mit der Begründung ab, daß die Gebietsschutzvereinbarungen nicht mehr erforderlich seien, da die Transocean-Schiffsfarben infolge gemeinsamer Verkaufs- und Werbeanstrengungen allgemein bekannt geworden seien. Die Verpflichtung der Kartellpartner, jedes der erwähnten Geschäfte dem berechtigten Mitglied zur Provisionsberechnung mitzuteilen, erschwere unnötig das Zustandekommen solcher Lieferungen; ebensowenig seien die Provisionszahlungen gegenwärtig noch gerechtfertigt. Dasselbe gelte auch für das Zustimmungserfordernis im Falle der Lieferung von anderen als Transocean-Farben, welches die Exportmöglichkeiten unnötig beschränke und erschwere. Beide Vertragsvereinbarungen gewähr-

359) s. Fn. 360

360) s. Fn. 339

ten den beteiligten Unternehmen, nach Auffassung der Kommission eine territoriale Vorzugsstellung, die zur Verwirklichung der Vereinbarung nicht mehr erforderlich sei.

Maßgeblich für die Entscheidung der Kommission war der Umstand, daß nach ihren Feststellungen seit Erlaß der Freistellungserklärung im Jahre 1967 der Schiffsfarbenumsatz der Vereinigung erheblich gestiegen war.

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Kommission im Falle Rank/Sopelem³⁶¹⁾ eine Entscheidung über Alleinvertriebsvereinbarungen getroffen, die speziell im Zusammenhang mit einer Spezialisierungskooperation standen. Die Kommission hat beschlossen, daß alle Vereinbarungen, die bewirkten, daß den Vertragsparteien jegliche direkte und indirekte Ausfuhr der betreffenden Erzeugnisse nach Gebieten außerhalb ihrer Absatzgebiete untersagt war, nicht unerläßlich sei, weil dadurch zwischen Frankreich und den übrigen Ländern des Gemeinsamen Marktes eine künstliche Schranke für den Handel mit den betreffenden Erzeugnissen errichtet worden wäre.

Die Kommission hat damit bekräftigt, daß das grundsätzliche Verbot der Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes auch für Alleinvertriebsvereinbarungen in Verbindung mit Spezialisierungskooperationen gilt.

In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des europäischen Gerichtshofes hinzuweisen, wo festgestellt wurde, daß eine Alleinvertriebsvereinbarung, auch wenn sie einen absoluten Gebietsschutz enthält, dann nicht unter das Kartellverbot fällt, wenn die Vertragserzeugnisse auf dem Markt eine schwache Stellung einnehmen, sodaß der Wettbewerb nicht spürbar

361) s. Fn. 99

beschränkt wird.³⁶²⁾ Dieser Ansicht hat sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen.³⁶³⁾ Wegen dieser Einschränkung der Rechtssprechung gewinnt die Europäische Bagatellbekanntmachung besondere Bedeutung, da bei sämtlichen Kooperationen, die unter diese Vereinbarung fallen, die Verabredung absoluter Gebietsschutzvereinbarungen für den Bereich der EWG zulässig ist. Im übrigen ist eine Einzelfreistellung für Spezialisierungsabkommen mit absolutem Gebietsschutz zwar nicht ausgeschlossen, bisher liegt aber eine derartige Entscheidung für den Bereich der EWG nicht vor.³⁶⁴⁾

In den Fällen Blondel, Hummel, Jalatte hatte die Kommission eine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs verneint,³⁶⁵⁾ weil nach ihren Feststellungen ausreichender Wettbewerb vergleichbarer Waren bestand und die Verträge keinen absoluten Gebietschutz enthielten. Offen blieb, ob sie anders entschieden hätte, wenn sie eine der beiden Feststellungen nicht hätte treffen können. Nach der Spruchpraxis der EWG-Kommission ist davon auszugehen, daß Alleinvertriebsvereinbarungen ohne absoluten Gebietsschutz vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV grundsätzlich freigestellt werden können, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 vorliegen. Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz dagegen werden, auch wenn das Urteil des EuGH im Falle Grundig-Consten nicht als ein "per-se-Verbot" ausgelegt werden kann, in der Regel keine Nichtanwendbarkeitserklärung erhalten können. Ausnahmen von

362) EuGH Rspr. 1.7.1969 GHXV S.295 RS. 5/69 "Völk/Vervaecke" und EuGH Rspr. 6.5.1971 GH XVII S. 351 RS. 1/1971 Cadillac/Höss

363) BGH 29.10.1970, WuW/E BGH 1168 ("Blitzgeräte");

364) s. Urteil des EuGH vom 30.6.1969 Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, (AWD 1966), S. 265

365) ABLEG 1965 S. 2194; ABLEG 1965 S. 2581; ABLEG 1966 S. 37

diesem Grundsatz kommen aber in Betracht, wenn neue Erzeugnisse in einen neuen Markt eingeführt werden sollen.³⁶⁶⁾

Die gegenseitige Einräumung des Alleinvertriebs wurde im Rahmen von Spezialisierungskooperationen regelmäßig für zulässig erachtet, wenn die Vereinbarungen keinen absoluten Gebietschutz enthielten. Zur Begründung hat die Kommission vorgetragen, daß die Verbesserung der Verteilung gegenwärtig durch keine andere Verkaufsform besser erreicht werden könne und weitere nicht unerläßliche Wettbewerbsbeschränkungen nicht vereinbart worden seien.

Im Rahmen der mit Spezialisierungskooperationen verbundenen Alleinvertriebsvereinbarungen hat die Kommission auch die zusätzliche Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes für unerlässlich erachtet, um im Interesse des Absatzes der Vertragserzeugnisse eine stärkere Bearbeitung des Marktes zu erreichen, d.h. um den Vertragspartner angesichts der Marktlage und der Marktposition der Vertragsparteien zu veranlassen, seine Anstrengungen auf den Verkauf von Erzeugnissen dieser Marke zu konzentrieren.

d) Das Tatbestandsmerkmal "Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren"

d1) Der sachlich und örtlich relevante Markt

Eine anschauliche Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes hat die Kommission in ihrer Entscheidung zum Fall Kali und Salz/Kalichemie³⁶⁷⁾ vorgenommen. In dieser Entscheidung lehnte

366) Kirschstein, Die Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen nach EWG-Kartellrecht, (WuW 1966) S. 783, S. 790

367) WuW/E Kommission 1974, 350 s. dazu auch Marine Paint Association Fn. 339, zur Abgrenzung der Märkte Farben und Schiffsfarben

es die Kommission ab, den kalihaltigen Mehrstoffgründünger als Substitutionsprodukt des Kali-Einzel-Düngers anzuerkennen. Dies wurde damit begründet, daß der teurere Mehrstoffdünger von den Abnehmern nicht als Substitutionsprodukt angesehen werde; daher sei der sachlich relevante Markt der Markt für Kali-Einzeldünger.

Interessante Feststellungen zum örtlich relevanten Markt enthält die Entscheidung Bayer/Gist-Brocades;³⁶⁸⁾ dabei kommt die Kommission zu dem Ergebnis, daß die Verhältnisse des Marktes innerhalb der Gemeinschaft nicht isoliert betrachtet werden könnten, da bei den Vertragswaren der Kooperationspartner eine enge Verflechtung mit dem Weltmarkt gegeben sei. Die Vertragswaren würden unabhängig von ihrer Herkunft auf dem Weltmarkt gehandelt. Die Transportkosten spielten eine untergeordnete Rolle. Hersteller aus Drittstaaten treten als Anbieter im Gemeinsamen Markt auf und die Hersteller der Gemeinschaft seien in erheblichem Umfang als Lieferanten auf Drittmärkten tätig.³⁶⁹⁾

d2) Einzelfälle aus der Entscheidungspraxis der Kommission

Im Falle Bayer/Gist Brocades hat die Kommission eine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der Vertragswaren trotz des Weltmarktanteils der Vertragspartner von 15 % und 16 % verneint. Maßgeblich hierfür war, daß auf dem Gebiet der Vertragswaren noch eine Reihe anderer bedeutender Unternehmen vorhanden waren, die teilweise über einen größeren Marktanteil als die Vertragspartner verfügten. Zudem hatte die Kommission Produkte anderer Art als Substitutionsprodukte zu den Vertragswaren anerkannt. Die Kooperationsvereinbarung

368) s. Fn. 95

369) s.a. Fn. 96 den Fall Feinpapier

führte auch nicht dazu, daß die Vertragswaren zu gleichen oder vergleichbaren Preisen angeboten wurden und eine einheitliche Verkaufspolitik betrieben wurde.

Im Falle Kali und Salz/Kalichemie³⁷⁰⁾ hat die Kommission eine Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV verweigert, weil nach ihrer Meinung für einen wesentlichen Teil der Vertragswaren innerhalb der EWG der Wettbewerb ausgeschaltet worden wäre. Die beiden Vertragspartner hatten eine Vereinbarung getroffen, nach der eine Partei sich verpflichtete, einen Großteil der Kaliproduktion des anderen abzunehmen. Für 2 Jahre wurde im voraus ein Mengenplan aufgestellt. Der zur Abnahme verpflichtete Vertragspartner setzte die Produktion vorwiegend innerhalb der Gemeinschaft ab. Aufgrund der Vereinbarung sollte es dem einen Vertragspartner ermöglicht werden, langfristig seine gesamte Produktion über den anderen zu vertreiben. Obwohl der Vertrag keine Verpflichtung zum ausschließlichen Vertrieb über den anderen Vertragspartner enthielt, wurde eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 85 Abs. 1 EWGV bejaht, weil dem vertreibenden Unternehmen tatsächlich die gesamte verträgsgegenständliche Produktion überlassen wurde. Die Vereinbarung hätte dazu geführt, daß praktisch das gesamte Angebot von Kali-Einzeldünger der BRD in einer Hand zusammengefaßt und damit jeder Wettbewerb zwischen den beiden einzigen deutschen Kaliproduzenten beim Absatz ihrer Produkte ausgeschaltet worden wäre. Da der Markt der Bundesrepublik Deutschland als ein wesentlicher Teilmarkt des Gemeinsamen Marktes angesehen wurde und auf diesem Teilmarkt jeder Wettbewerb an Kali-Einzeldünger ausgeschaltet worden wäre, wurde die Freistellungserklärung nicht erteilt.

Mit dieser Entscheidung stellt die Kommission erneut fest, daß eine ausdrückliche Verpflichtung zur Wettbewerbsbeschränkung

370) s. Fn. 367

nicht verabredet werden muß; es genügt, wenn das faktische Verhalten der Wettbewerber die Beschränkung des Wettbewerbs herbeiführt. Nach dem deutschen Kartellrecht liegt dagegen ein Kartell nur vor, wenn die Vereinbarung der Parteien die vertragliche Verpflichtung zur Wettbewerbsbeschränkung beinhaltet.³⁷¹⁾

Im Falle KEWA³⁷²⁾ hat die Kommission für ein Kartell eine Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 abgegeben, an dem sämtliche deutsche Unternehmen beteiligt waren, die die vertragsgegenständliche Technologie beherrschten. Die Freistellungserklärung wurde im wesentlichen damit begründet, daß die Genehmigung bis 1986 befristet wurde. Für die Beteiligten ergebe sich damit die Gewißheit, zu diesem Zeitpunkt Konkurrenten zu werden, was sie schon jetzt zu einem Verhalten zwingt, das dieser Aussicht Rechnung trage.

Im Falle Rank/Sopelam wurde eine Ausschaltung des Wettbewerbs mit dem Argument verneint, daß den Kartellpartnern innerhalb der Gemeinschaft andere bedeutende Wettbewerber gegenüberstünden.

Im Falle Marine Paint Association³⁷³⁾ wurde ein Marktanteil von 5 - 10 % am Weltmarkt für unerheblich gehalten. Die Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV wurde erteilt. Zur Begründung führte die Kommission aus, daß bei den Vertragswaren nach wie vor lebhafter Wettbewerb vorhanden sei, ein Konkurrent des Kartells verfüge allein über einen Weltmarktanteil von 25 bis 30 %, andere marktstarke Unternehmen seien vorhanden. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung hatte die Kommission zu berücksichtigen, daß zwei der Vertragspartner in bedeutende

371) s. dazu Fn. 180

372) s. Fn. 104

373) s. Fn. 339

finanzstarke Unternehmen eingegliedert waren. Die Kommission kam jedoch zu dem Ergebnis, daß die Stellung dieser beiden Unternehmen im speziellen Schifffahrtssektor nur gering sei, sodaß dieser Umstand der Erteilung einer Freistellungserklärung nicht entgegenstünde.

Im Falle Feinpapier³⁷⁴⁾ wurde eine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs verneint, obwohl die Kartellpartner im Bereich der Spezialisierungsprodukte über eine erhebliche Marktmacht verfügten. In Frankreich hatten die beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 80 % und in den Benelux-Ländern von 70 %. Dennoch hat die Kommission eine Freistellungserklärung abgegeben. Hierfür war entscheidend, daß die Kartellpartner von anderen europäischen und außereuropäischen Unternehmen einem starken Wettbewerbsdruck ausgesetzt waren, der sie zu einer fortgesetzten Rationalisierung zwang, um ihre Marktstellung verteidigen zu können. Hinzu kam, daß die zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Spezialisierung nicht unwiderruflich gestaltet worden war, sodaß weiterhin ein potentieller Wettbewerb zwischen ihnen bestand.

Obwohl im Rahmen der EWG der relevante Markt grundsätzlich nur vom Gemeinsamen Markt gebildet wird, hat die Kommission auch auf die Situation am Weltmarkt abgestellt. Da auf dem Weltmarkt starke Konkurrenz vorhanden war, konnte die Freistellungserklärung erteilt werden.³⁷⁵⁾

5) Einzelfragen, die alle untersuchten Freistellungserklärungen betreffen

374) s. Fn. 96

375) s. dazu bereits Fn. 95 den Fall Bayer/Gist-Brocades

a) Abwägung der positiven Wirkungen des Spezialisierungs-
kartells mit den Wettbewerbsbeschränkungen

Obwohl sich im Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 EWGV kein direkter Anhalt findet, prüft die Kommission die Frage des Verhältnisses der Wettbewerbsbeschränkungen zu den Vorteilen der Spezialisierung. Nur wenn die Vorteile überwiegen, wird eine Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erteilt. Die Vorteile der Spezialisierung müssen um so größer sein, je intensiver die Wettbewerbsbeschränkung ist.

Das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich primär nach der Intensität der Bindung unter den Kartellpartnern.'

Nach der Entscheidungspraxis der Kommission ist eine Wettbewerbsbeschränkung nur zuzulassen, wenn ihre positiven Wirkungen volkswirtschaftlich wichtiger sind, als die durch die Beschränkung des Wettbewerbs bedingten Nachteile.³⁷⁶⁾ Insoweit findet auch bei Art. 85 Abs. 3 EWGV eine Abwägung der Vor- und Nachteile³⁷⁷⁾ der Spezialisierung statt. Dies wurde nicht nur von der EWG-Kommission sondern auch vom EuGH festgestellt. Für den EuGH folgt dies aus dem Urteil Grundig-Consten, wo gefordert wird, daß die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung spürbare objektive Vorteile mit sich bringen müsse, die geeignet seien, die mit ihr verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen. Damit leitet der EuGH die Notwendigkeit eines angemessenen Verhältnisses zwischen Wettbewerbsbeschränkung und den damit erreichten Verbesserungen aus der

376) s. dazu auch Fn. 377; kritisch dazu Deringer, welcher die Zahl der Unternehmen bei der Prüfung dieser Voraussetzung unberücksichtigt lassen möchte; Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963), Rn. 44

377) s. dazu die Verwaltungspraxis der Hohen Behörde zur ähnlichen Formulierung des Art. 65 § 26 EGKS und Deringer, EWG Wettbewerbsrecht, Loseblattausgabe WuW (1963), Rn. 45

nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erforderlichen Unerläßlichkeit ab.³⁷⁸⁾

Eine anschauliche Abwägung der Vor- und Nachteile einer Spezialisierungsabrede, die schließlich auch zu einer Versagung der Freistellungserklärung führte, enthält der Fall Kali und Salz/Kalichemie.³⁷⁹⁾

Die Kommission stellt in ihrer Entscheidung fest, daß die Vereinbarung der Beteiligten keine Vorteile mit sich bringe, die geeignet wären, die mit dem zentralisierten Vertrieb verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen, sodaß sie zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn nicht beitrage. Zur Begründung trug die Kommission vor, daß ein Gemeinschaftsvertrieb die Warenverteilung nicht verbessere, wenn die Beteiligten aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht in der Lage seien, den Vertrieb in eigene Hände zu nehmen und durch den entstehenden Wettbewerbsimpuls die Wahlmöglichkeiten der Abnehmer zu verbessern.

Die Notwendigkeit und die Zulässigkeit der Abwägung von Vor- und Nachteilen im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 ist in der Lehre umstritten. Zwar wird das Erfordernis einer "gewissen Verhältnismäßigkeit" praktisch von allen anerkannt, da es schon aus der Grundidee der Freistellungsklausel hergeleitet werden kann. Doch lehnt man die Anwendung eines strengen Proportionalitätsprinzips, etwa nach dem Muster der im französischen Recht gebräuchlichen Methode des "bilan Economique" mehrheitlich ab. Eine abwägende Betrachtungsweise in diesem Sinne wird als unzulässige Beschränkung des Gesetzestextes betrach-

378) dazu kritisch Kirschstein, Die Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen nach EWG Kartellrecht, (WuW 1966) S. 789

379) s. Fn. 367, s.a. Common Market Law Review; Vol. XIII (1976) S. 520; s.a. den Fall MAN/Saviem Fn. 101, wo die Kommission ausdrücklich feststellte, daß die Vorteile der Spezialisierung ihre Nachteile überstiegen.

tet, welche die Anwendung der Freistellungsklausel zur reinen "Ermessenssache" herabmindere. Wenn überhaupt, so habe die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nur in einem sehr engen Rahmen stattzufinden.³⁸⁰⁾

Die vergleichende Prüfung der Kommission gleicht dem Vorgehen der deutschen Kartellbehörden bei der Prüfung des § 5 Abs. 2 Satz 2 GWB, wonach der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu den damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen stehen muß. (s.a. § 5 Abs. 3 Satz 2 GWB)³⁸¹⁾

b) Erteilung der Freistellungserklärung unter Auflagen und Festsetzung einer Geltungsdauer der Spezialisierungsabrede

Da die Kommission nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 darüber zu wachen hat, daß die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 auch nach der Erteilung der Freistellungserklärung weiterhin erfüllt sind, erfolgt die Freistellung in der Regel unter Auflagen und Befristungen.

Im Falle Bayer/Gist-Brocades³⁸²⁾ wurde den Kartellpartnern die Auflage erteilt, jährlich über Investitionen, Produkte, Lieferungen an den Vertragspartner und an Dritte und über die erzielten durchschnittlichen Preise zu berichten. Zudem wurden die Kartellpartner verpflichtet, der Kommission rechtzeitig finanzielle Beteiligungen und personelle Verflechtungen anzuzeigen.

380) s. Baldi; Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht, (1972) S. 296

381) s. dazu auch die Spruchpraxis des Bundeskartellamtes zu § 5b GWB, nach der eintretende wirtschaftliche Nachteile für Kartellaußenseiter für sich allein nicht als Wettbewerbsbeschränkung bei der Feststellung des angemessenen Verhältnisses zum Rationalisierungserfolg berücksichtigt werden können;

382) s. Fn. 95

Neben der Erteilung von Auflagen nach Art. 8 der VO Nr. 17 wird von der Kommission eine bestimmte Geltungsdauer der Freistellungserklärung festgelegt. Im Falle Bayer/Gist-Brocades wurde in Anbetracht der hohen Investitionskosten zur Durchführung der Spezialisierung eine Geltungsdauer von 8 Jahren für angemessen erachtet. In der Entscheidung ACEC/Berliet,³⁸³⁾ welche die Neuentwicklung eines elektrisch angetriebenen Omnibusses betraf, wurde eine Geltungsdauer von 5 Jahren für angemessen erachtet.

Im Falle Rank/Sopelem³⁸⁴⁾ wurde eine Gültigkeitsdauer von 10 Jahren festgelegt. Um die Auswirkungen des Kartells überwachen zu können, hat die Kommission angeordnet, daß ihr jeweils für einen Zeitraum von 3 Jahren ein Bericht zuzuleiten sei, aus dem sich die Entwicklung des Kartells ableiten lasse.

c) Verzicht der Kartellpartner auf die Einlegung von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der Kommission

Bereits in den Ausführungen zur Entscheidungspraxis der deutschen Kartellbehörden wurde darauf hingewiesen, daß die be-

383) s. Fn. 100

384) Fn. 99; s. dazu auch Marine Paint Association Fn. 339 wo eine Befristung von 5 Jahren und ein jährlicher Bericht über die Tätigkeit der Vereinbarung angeordnet worden war. Im Fall Feinpapier wurde eine Gültigkeitsdauer von 13 Jahren bestimmt. Da die Parteien eine Schiedsgerichtsklausel verabredet hatten, wurden sie zur Mitteilung der Schiedssprüche verpflichtet. s.a. MAN/Saviem Fn. 101; FN/CF Fn. 98 und Jaz/Peter Fn. 97;

treffenden Unternehmen gegen Entscheidungen der Kartellbehörden grundsätzlich keine Rechtsmittel ergreifen, sondern eher geneigt sind, die vom Bundeskartellamt beanstandeten Vereinbarungen aufzuheben. Die gleiche Praxis zeigt sich in der EWG.³⁸⁵⁾ Zahlreiche Einzelfälle, für die nach Ansicht der Kommission eine Freistellung nicht in Frage kam, sind auf formlose Weise erledigt worden, indem die Unternehmen auf bloßes Anraten der Kommission oder nach Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Art. 19 Abs. 1 VO Nr. 17 ihre Vereinbarungen aufgaben oder änderten. Beispielhaft sei dazu auf den Fall Rank/Sopelem verwiesen. Nachdem die Kommission verschiedene Vertragsbestimmungen beanstandet hatte, verzichteten die Kartellpartner auf alle Vertragsklauseln, die einer Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV im Wege standen. Die beanstandeten Vertragsteile wurden durch Klauseln ersetzt, die den Beanstandungen der Kommission Rechnung trugen. Ebenso verfahren die beteiligten Unternehmen im Falle Bayer/Gist-Brocades.³⁸⁶⁾ Auch insoweit zeigt sich eine Parallele zur Kartellrechtspraxis innerhalb der BRD.

385) s. dazu allgemein Baldi; Die Freistellung vom EWG-Kartellrecht (1972), wo darauf hingewiesen wird, daß insgesamt zu Art. 85 Abs. 3 EWGV bis zum Jahre 1972 nur vier Verbotsentscheidungen ergangen sind; eine Spezialisierungskooperation ist nicht darunter. Der Erlaß von Verbotsentscheidungen erübrigte sich, weil die Vertragspartner die beanstandeten Vertragsklauseln aufhoben.

386) s. Fn. 95; s. dazu auch den Fall Marine Paint Association Fn. 339, wo die Vertragspartner ebenfalls den Beanstandungen der Kommission folgten.

VI. Zusammenfassung

Der Gesamtvergleich von Entscheidungen der deutschen und europäischen Kartellbehörden zu Spezialisierungskartellen ergibt eine so weitgehende Übereinstimmung in Ergebnissen und Argumentation, wie sie angesichts der unterschiedlichen Tatbestandsfassung der Rechtsgrundlagen kaum erwartet werden konnte. Die weite Fassung der Genehmigungstatbestände, insbesondere des Art. 85 Abs. 3 EWGV ermöglicht es den Kartellbehörden, Spezialisierungskartelle nach einheitlichen wirtschaftlichen Kriterien zu überprüfen, ohne die Rechtsgrundlagen zu überschreiten.

Im einzelnen hat die Untersuchung folgendes ergeben:

Die Kommission hat in den untersuchten Fällen mehrmals die "Spürbarkeit" nach Art. 85 Abs. 3 EWGV verneint. In Fällen potentiellen Wettbewerbs wurde die Spürbarkeit teilweise verneint und teilweise bejaht; die Ergebnisse waren von den Einzelumständen der jeweiligen Kooperation abhängig. Bei der Vereinbarung eines mittelbaren absoluten Gebietsschutzes hatte die Kommission die Spürbarkeit wegen der schwachen Marktstellung der Kartellpartner verneint.³⁸⁷⁾ Eine Kollegenlieferung wurde dagegen als spürbare Wettbewerbsbeschränkung beurteilt, obwohl eine Andienungspflicht nicht vereinbart war.

Für Kooperationen, die unter die Bagatellbekanntmachung fallen, wird die Spürbarkeit generell ausgeschlossen. In der Gruppenfreistellungsverordnung wird sie für die Vereinbarung einer Lagerhaltungs- und Servicepflicht verneint.

In den Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden tauchte bislang der Begriff der Spürbarkeit nicht auf.

387) s. zum Problem der Spürbarkeit auch S. 48 ff.

Als Folge der neueren Rechtssprechung des BGH ist zu erwarten, daß die Prüfung der Spürbarkeit auch im deutschen Kartellrecht stärker in den Vordergrund treten wird. Das Bundeskartellamt hat sich in den untersuchten Entscheidungen auch nicht dazu geäußert, ob eine Vereinbarung freigestellt wurde oder ob sie nicht wettbewerbsbeschränkend war.³⁸⁸⁾ Die Kommission hat sich dagegen mehrfach zur Frage der Wettbewerbsbeschränkung geäußert. In der Vereinbarung gemeinschaftlicher Forschung und der gegenseitigen Verpflichtung zur Geheimhaltung von Informationen wurde eine Wettbewerbsbeschränkung verneint.

Das Tatbestandsmerkmal der "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" wird bei Spezialisierungskooperationen in der EWG im wesentlichen ebenso ausgelegt, wie der Begriff der "Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung" (§ 5a Abs.1 GWB). Die Argumente, die die deutschen Kartellbehörden zur Bejahung dieses Begriffes heranziehen, decken sich weitgehend mit der Argumentation der Kommission zum Tatbestand der Verbesserung im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV.³⁸⁹⁾

Nach § 5a GWB wurden folgende Vertragsklauseln zugelassen:

Kollegenlieferungen mit und ohne Andienungspflicht unter einheitlicher Festlegung der Preise im Innen- und Außenverhältnis; die Verpflichtung zur Vornahme von Investitionen und die Vereinbarung von Meistbegünstigungsklauseln; die Errichtung von Vertriebssyndikaten mit einheitlicher Preisfestsetzung; Auftragsverteilungen nach festen Quoten; die Errichtung von Einkaufssyndikaten; Vereinbarungen über die gemeinsame Entwicklung technischer Erzeugnisse.

388) s. die von der Literatur getroffene Differenzierung S. 89 ff.

389) s.o. S. 85 ff.

Das Bundeskartellamt ist gegen folgende nach § 5a GWB angemeldete Vereinbarungen eingeschritten:

Die Vereinbarung von Marktaufteilungen und ausschließlichen Gebietsschutzklauseln; die Vereinbarung eines ausschließlichen Verbots, Patente und sonstige gewerbliche Schutzrechte an Dritte weiterzugeben; die Abrede, das Haftungsrisiko, das sich aus der Gewährleistungspflicht ergab, auf die Kartellpartner zu verteilen. Der Vertrieb nicht spezialisierter Produkte über die gemeinsame Vertriebsstelle wurde meist verboten.

Nach § 5b GWB wurden noch weitergehende Kartellabsprachen zugelassen:

Die Vereinbarung eines gestaffelten absoluten Gebietsschutzes und ebenso wie bei § 5a die Auftragsverteilung nach bestimmten Quoten; der Vertrieb nicht spezialisierter Waren über die gemeinsame Vertriebsstelle.

Eine nach § 5b GWB angemeldete Vereinbarung über Marktaufteilungen wurde auf Beanstandung des Bundeskartellamtes zurückgenommen.

Die Kommission hat nach Art. 85 Abs. 3 EWGV folgende Vereinbarungen zugelassen:

Die Abrede eines ausschließlichen Vertriebs der Vertragswaren über die gemeinsame Vertriebsstelle zu einheitlichen Preisen; Kollegenlieferungen mit Andienungspflicht; die Vereinbarung von Konkurrenzverboten; Vertriebs- und Vorzugsrechte für Neuheiten, auch wenn sie keine Vertragswaren betrafen; Verträge über die gemeinsame Entwicklung von technischen Erzeugnissen.

Folgenden Vertragsklauseln hat die Kommission eine Freistellung versagt:

Aufteilung der Produktion nach festen Quoten durch eine gemeinsame Vertriebsstelle; die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes; die Verpflichtung zur Belieferung nur eines Drittabnehmers; der Verzicht auf gewerbliche Schutzrechte im Falle einer Vertragsauflösung; die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens zur gegenseitigen Kontrolle von Investition und Produktion; die Vereinbarung einer Nichtangriffsklausel für Patente und gewerbliche Schutzrechte.

An den Kartellen nach § 5a GWB und Art. 85 Abs. 1 EWGV waren Unternehmen jeder Größenordnung beteiligt. § 5b GWB wurde grundsätzlich auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt.

Die zu vergleichenden Vorschriften enthalten drei unterschiedliche Wettbewerbsklauseln:

Nach § 5a Abs. 1 Satz 1 GWB muß "ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen" bleiben. Die Fassung des § 5b Abs. 1 GWB ist enger. Danach darf "der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt" werden. Nach Art. 85 Abs. 3b EWGV schließlich darf "die Möglichkeit nicht eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten".

Trotz unterschiedlicher Tatbestände zeigen Argumentation und Ergebnisse der deutschen und europäischen Kartellbehörden eine große Übereinstimmung. Die Kriterien, an denen die Frage der Wettbewerbsbeschränkung überprüft wird, sind nahezu identisch und zwar insbesondere der Marktanteil des Kartells, die Struktur des Wirtschaftsbereiches, dem das Kartell angehört,

die Größe der am Kartell beteiligten Unternehmen, sowie Zahl und Stärke der Wettbewerber.

Bei den untersuchten zugelassenen Kartellen nach § 5a GWB hatte nahezu die Hälfte einen Marktanteil von 50 % und mehr; in 2 Fällen wurde ein Marktanteil von fast 100 % erreicht. In drei der überprüften Entscheidungen hat das Bundeskartellamt eine Beschränkung wesentlichen Wettbewerbs bejaht. Bei einer Vereinbarung schwankten die Marktanteile zwischen 40 und 100 %, in einem Fall betrugen sie 30 % und in einem 55 %.

Bei Kooperationen nach § 5b GWB hat das Bundeskartellamt den höchst zulässigen Marktanteil auf 15 % beschränkt, wenn das Kartell Absprachen über Preise oder Preisbestandteile enthielt.

Kartelle, die nach Art. 85 Abs. 3 EWGV zugelassen wurden, hatten teilweise sehr hohe Marktanteile. Eine Kooperation hatte in Frankreich einen Marktanteil von 80 % und in den Beneluxstaaten von 70 %. In einem Fall wurde ein Weltmarktanteil von 5 - 10 % festgestellt. Ein Kartell zur Entwicklung technischer Erzeugnisse hatte einen Marktanteil von nahezu 100 %.

In einer Entscheidung wurde eine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs bejaht. Das Kartell hatte für die Vertragswaren in einem wesentlichen Teilmarkt der EWG einen Marktanteil von 100 %.

Die Frage der Verbraucherbeteiligung an dem Rationalisierungsgewinn wird von den deutschen und europäischen Kartellbehörden geprüft, obwohl die §§ 5a, 5b GWB im Gegensatz zu Art. 85 Abs. 3 EWGV kein Tatbestandsmerkmal enthalten, das ausdrücklich eine angemessene Beteiligung der Verbraucher gebietet.

Die Verbraucherbeteiligung wird regelmäßig bejaht, wenn der bestehende Wettbewerb die Kartellpartner zur Weitergabe der Rationalisierungsvorteile an die Verbraucher zwingt. Das Bundeskartellamt hat eine Vereinbarung nach § 5a GWB wegen mangelnder Beteiligung der Verbraucher beanstandet.

Die Kommission und das Bundeskartellamt prüfen die Frage des angemessenen Verhältnisses zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Vorteilen der Spezialisierung, ohne daß der Wortlaut der §§ 5a, 5b GWB und des Art. 85 Abs. 3 EWGV hierfür einen direkten Anhalt gibt. Bei Kartellen, die eine Rationalisierung durch Spezialisierung betreffen, kamen deutsche und europäische Kartellbehörden weitgehend zu dem Ergebnis, daß die Vorteile der Spezialisierung die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen.

Die Kommission hat allerdings in einem Fall eine Freistellungserklärung versagt, weil die Vorteile der Spezialisierung ihre Nachteile nicht überwogen.

Die Kommission überprüft jede einzelne Wettbewerbsbeschränkung auf ihre "Unerläßlichkeit".

Mit dem Begriff der "Erforderlichkeit" enthält § 5a Abs. 1 Satz 2 GWB ein vergleichbares Tatbestandsmerkmal, das sich allerdings nur auf Zusatzabreden bezieht. § 5b GWB enthält keine derartige Voraussetzung.

Trotz unterschiedlicher Tatbestände kommen deutsche und europäische Kartellbehörden im wesentlichen zu einheitlichen Ergebnissen. Die Abweichungen bewegen sich in Randbereichen, während die wesentlichen und typischen Kooperationsvereinbarungen einheitlich beurteilt werden.

Die weitgehend einheitliche Beurteilung der einzelnen Prüfungspunkte durch deutsche und europäische Kartellbehörden

bewirkt eine große Übereinstimmung bei der Gesamtbeurteilung der Zulässigkeit von Spezialisierungskartellen. Nur wenigen Verträgen wurde die Zustimmung versagt. In der Regel wird das Kartell insgesamt positiv beurteilt; allenfalls werden einzelne Vertragsklauseln beanstandet. Dabei zeigt sich ein einheitliches Verhalten der beteiligten Unternehmen, indem sie zumeist ihre Vereinbarungen den Vorstellungen der Kartellbehörden anpassen oder den Antrag zurücknehmen.

Insgesamt hat sich gezeigt, daß die Zulassung von Spezialisierungskartellen in der EWG und der BRD großzügig gehandhabt wird.

Lebenslauf

Geboren am 19. Oktober 1947 in München,
Besuch der Volksschule von 1954 - 1962,
Lehre als Katastertechner bei der Landeshauptstadt München
von 1962 - 1965,
Besuch der Berufsaufbauschule von 1963 - 1966,
Abitur am München Kolleg 1969,
Studium der Jurisprudenz von 1969 - 1974 an der Universität
München,
erste juristische Staatsprüfung 1974,
zweite juristische Staatsprüfung 1977,
seit 2. Mai 1977 Regierungsrat z.A. im Bayer. Staatsministe-
rium für Unterricht und Kultus.

